Die Geschäftsschulden und Geschäftsforderungen bei der Umwandlung des Geschäftes eines Einzelkaufmanns in eine offene Handelsgesellschaft oder Kommanditgesellschaft durch Hinzutritt eines Gesellschafters. (§ 28 HGB.)

Inaugural-Dissertation

zur Erlangung der Doktorwürde

bei der Juristischen Fakultät der Universität Leipzig

eingereicht von

Erich Schneidler
Referendar in Chemnitz.

ACAD.
LUGD. BAT.

Borna-Leipzig
Buchdruckerei Robert Noske
1910.

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41545810_0019

Inhaltsverzeichnis.

Seite

§ 1. Einleitung 1

Erstes Kapitel.

Die Voraussetzungen.

I. Das bestehende Handelsgeschäft eines Einzelkaufmanns.

1. Begriff des Handelsgeschäfts.

§ 2. a) Im allgemeinen 4
§ 3. b) Ältere Theorien 5
§ 4. c) Neuere Theorien 9
§ 5. d) Handelsgeschäft nicht gleich Handelsvermögen 12
§ 6. 2. Begriff des Einzelkaufmanns 18
§ 7. 3. Das bestehende Handelsgeschäft 20

II. Der Eintritt eines Gesellschafters.

§ 8. 1. Was ist unter Eintritt zu verstehen? 23
§ 9. 2. Mögliche Fälle des Eintritts 24
§ 10. 3. Wer kann eintreten? 26
§ 11. 4. Wann ist der Eintritt vollendet? 28

Zweites Kapitel.

Die Wirkungen.

§ 12. I. Der Rechtszustand vor dem Inkrafttreten des Handelsgesetzbuches v. 10. 5. 1897 31

II. Das geltende Recht.

1. Die Haftung für die Geschäftsverbindlichkeiten.

§ 13. a) Begriff der Geschäftsverbindlichkeiten 38
§ 14. b) Rechtsgrund der Haftung 42
§ 15. c) Die Art der Haftung 45
§ 16. d) Der Umfang der Haftung 46
e) Die Verwirklichung der Haftung.
§ 17. aa) Im allgemeinen. Die juristische Natur der Haftung bei der offenen Handelsgesellschaft 47

Seite

§ 18. bb) Die Haftung der Gesellschaft 51
§ 19. cc) Die Haftung des eingetretenen Gesellschafters . . 62
§ 20. dd) Die Haftung des bisherigen Einzelkaufmanns . 65
§ 21. 2. Der Übergang der Geschäftsforderungen 69
§ 22. 3. Abweichende Vereinbarungen 74

Literaturverzeichnis.

Anschütz-Völderndorff, Kommentar zum allgem. deutschen Handelsgesetzbuch mit Ausschluß des Seerechts. 1870.

Behrend, Lehrbuch des Handelsrechts. 2. Aufl. Berlin 1896.

Bekker, Zweckvermögen, insbesondere peculium, Handelsvermögen und Aktiengesellschaft. In Goldschmidts Zeitschrift Bd. 4 S. 499 ff.

Bemerkungen über die Rechtsverhältnisse der unter einer Firma betriebenen Handlung. Von einem ungenannten Verfasser in Elvers' Themis, Zeitschrift für praktische Rechtswissenschaft, herausgegeben von Dr. Christian Elvers, Bd. 1 Heft 2.

Binder, Die Rechtsstellung des Erben nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch. I. Teil. Leipzig 1901.

Bolze, Praxis des Reichsgerichts in Zivilsachen. (zit. nach Band und Nummer.)

Busch, Archiv für Theorie und Praxis des allgem. deutschen Handels- und Wechselrechts.

Cohn, Die Neuerungen des materiellen Firmenrechts nach dem künftigen Handelsgesetzbuch. In Gruchots Beiträgen Bd. 42 S. 46 ff.

Conradin, Die Haftung des Erwerbers eines Handelsgeschäftes eines Einzelkaufmanns für die Geschäftsschulden des bisherigen Inhabers. Diss. Borna-Leipzig 1906.

Cosack, Lehrbuch des Handelsrechts. 7. Aufl. Stuttgart 1909.

Denkschrift, Entwurf eines Handelsgesetzbuchs mit Ausschluß des Seerechts, nebst Denkschrift. Aufgestellt im Reichsjustizamt. Berlin, Guttentag, 1896.

Deutsche Juristenzeitung. Begründet von Laband, Stenglein, Staub. (zit.: DJZ.)

Düringer-Hachenburg, Das Handelsgesetzbuch v. 10. 5. 1897. Bd. 1. 2. Aufl. Mannheim 1908.

Endemann, Das deutsche Handelsrecht. 3. Aufl. Heidelberg 1876.

Endemann, Handbuch des deutschen Handels-, See- und Wechselrechts. Leipzig 1881.

Fein, Der Eintritt in das Handelsgeschäft eines Einzelkaufmanns als offener Handelsgesellschafter nach § 28 HGB. Diss. Borna-Leipzig 1907.

Fischer-Henle, Handausgabe des Bürgerlichen Gesetzbuchs. 7. Aufl. München 1906.

Gaupp-Stein, Civilprozeßordnung. Erläutert von Gaupp, neu bearbeitet von Stein. 8. u. 9. Aufl. Tübingen 1906.

Gareis-Fuchsberger, Das allgem. deutsche Handelsgesetzbuch nebst den sich daran anschließenden Reichsgesetzen. Berlin 1891.

Gierke, Die Genossenschaftstheorie und die deutsche Rechtsprechung. Bd. 1. Berlin 1887.

Goldmann, Das Handelsgesetzbuch v. 10. 5. 1897 mit Ausschluß des Seerechts. Bd. 1. Berlin 1901.

Goldschmidt, Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht. Herausgegeben von Keyßner und Lehmann. (zit.: Z. f. HR.)

v. Hahn, Kommentar zum allgem. deutschen Handelsgesetzbuch. 3. Aufl. Braunschweig 1879.

Hassenpflug, Eine unter einer Firma betriebene Handlung ist als das Rechtssubjekt hinsichtlich aller aus Handlungsgeschäften entstehenden Rechte und Verbindlichkeiten anzusehen. In Elvers' Themis Bd. 1 S. 59 ff.

Hellwig, Anspruch und Klagrecht. Jena 1900.

Hellwig, Die Verträge auf Leistung an Dritte. Leipzig 1899.

Hergenhahn-Tuchatsch, Die offene Handelsgesellschaft. Leipzig 1894.

Jaeger, Kommentar zur Konkursordnung. 3. u. 4. Aufl. Berlin 1907.

Jahrbuch des deutschen Rechts. Unter Mitwirkung zahlreicher namhafter Juristen in Verbindung mit Dr. A. Brinckmann und Dr. Th. Olshausen herausgegeben von Dr. Hugo Neumann. Berlin 1903 ff. (zit.: J. d. R.)

Juristische Wochenschrift, Organ des Deutschen Anwaltvereins. Herausgegeben von Dr. H. Neumann. Berlin. (zit.: JW.)

Kühn, Die Haftung des Erwerbers eines Handelsgeschäfts für die Geschäftsschulden des Veräußerers. Diss. Leipzig 1906.

Lehmann, Lehrbuch des Handelsrechts. 1908.

Lehmann, Umwandlungen handelsrechtlicher Unternehmungsformen. In Goldschmidts Zeitschrift Bd. 50 S. 1 ff.

Lehmann-Ring, Das Handelsgesetzbuch für das Deutsche Reich. Bd. 1. Berlin 1902.

Leipziger Zeitschrift für Handels-, Konkurs- und Versicherungsrecht. Herausgegeben von Düringer, Jaeger und Könige. München, J. Schweitzer Verlag.

Makower, Handelsgesetzbuch mit Kommentar. Bd. 1. 13. Aufl. Berlin 1906.

Mommsen, Die Haftung des Firmenübernehmers für die Firmenschulden und die Behandlung dieser Kontroverse seitens des Leipziger Oberhandelsgerichts. In Buschs Archiv Bd. 32 S. 201 ff.

OLG. = Rechtsprechung der Oberlandesgerichte auf dem Gebiete des Zivil-, Handels- und Prozeßrechts. Herausgegeben von Mugdan und Falkmann. Leipzig.

Petersen-Anger, Die Civilprozeßordnung für das Deutsche Reich. 5. Aufl. Lahr 1904—1906.

Pisko, Das Unternehmen als Gegenstand des Rechtsverkehrs. Wien 1907.

Puchelt, Kommentar zum allgem. deutschen Handelsgesetzbuch. 2. Aufl. Leipzig 1876.

Das Recht, Rundschau für den deutschen Juristenstand. Herausgegeben von Th. Sörgel.

Regelsberger, Über die Haftung des Firmaerwerbers für die unter der Firma von einem früheren Inhaber eingegangenen Verbindlichkeiten. In Goldschmidts Zeitschrift Bd. 14 S. 1 ff.

Reichel, Die Schuldmitübernahme (kumulative Schuldübernahme). München 1909. In den Abhandlungen zum Privatrecht und Zivilprozeß des Deutschen Reichs, in zwanglosen Heften herausgegeben von Dr. Otto Fischer, Bd. 19.

RG. = Entscheidungen des Reichsgerichts in Civilsachen.
RHG. = Entscheidungen des Reichsoberhandelsgerichts.
Ritter, Die allgemeinen Lehren des Handelsrechts. Berlin 1900.
Rudorff, Handelsgesetzbuch v. 10. 5. 1897 mit Erläuterungen. Stuttgart 1898.
Sächsisches Archiv für deutsches bürgerliches Recht, herausgegeben von Hoffmann, Sommerlatt und Wulfert.
Schaarschmidt, Die Geschäftsschulden bei Veräußerung des Handelsgeschäfts. Diss. Borna-Leipzig 1902.
Seuffert, Kommentar zur Civilprozeßordnung. 10. Aufl. München 1908.
Seufferts Archiv für Entscheidungen der obersten Gerichte in den deutschen Staaten. München u. Leipzig.
Sörgel, Rechtsprechung zum gesamten Civil-, Handels- und Prozeßrecht. Stuttgart.
Sohm, Der Gegenstand, ein Grundbegriff des Bürgerlichen Gesetzbuchs. In: Drei Beiträge für bürgerliches Recht, Heinrich Degenkolb zum 50jährigen Doktorjubiläum im Auftrage der Leipziger Juristenfakultät dargebracht von R. Sohm, E. Hölder, E. Strohal. Leipzig 1905.
Sohm, Vermögensrecht, Gegenstand, Verfügung. In Kohlers Archiv für bürgerliches Recht, herausgegeben von Kohler, Ring, Oertmann, Bd. 28 S. 173 ff. Berlin 1906.
Staub, Kommentar zum Handelsgesetzbuch. 6. u. 7. Aufl. Berlin 1900 und 8. Aufl. Berlin 1906, bearbeitet unter Benutzung des handschriftlichen Nachlasses von Könige, Stranz und Pinner. (Wenn Zitate ohne besondere Angabe, dann 8. Aufl.)
Staudinger, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuche und dem Einführungsgesetze. 3. u. 4. Aufl. München 1908.
Stegemann, Die Vererbung der Handelsgeschäfte. In den Rostocker rechtswissenschaftlichen Studien, herausgegeben von Dr. B. Matthias und Dr. Geffcken, 1. Bd. 3. Heft. Leipzig 1903.
Sydow-Busch, Civilprozeßordnung und Gerichtsverfassungsgesetz mit Anmerkungen. 10. Aufl. Berlin 1905.
Tabor, Beitrag zur rechtlichen Erörterung der Verbindlichkeiten, welche aus dem Eintritt in eine bestehende Handelsfirma entspringen; besonders hinsichtlich der schon vor dem Eintritt auf derselben gelastet habenden Schulden. Frankfurt a. M. 1826. Im Auszug wiedergegeben in Elvers' Themis Bd. 1 S. 67 ff.
Thöl, Praxis des Handelsrechts und Wechselrechts. Bd. 1. Leipzig 1874.
Wach, Handbuch des deutschen Civilprozeßrechts. Bd. 1. Leipzig 1885.
Warneyers Jahrbuch der Entscheidungen. A.: Civil-, Handels- und Prozeßrecht. Leipzig.
Wolff, § 344 Abs. 2 des Handelsgesetzbuchs v. 10. 5. 1897 und seine Tragweite insbesondere bei der Veräußerung des Handelsgeschäfts. In Goldschmidts Zeitschrift Bd. 47 S. 247 ff.

Abkürzungen.

ADHGB. = Allgemeines deutsches Handelsgesetzbuch.
BGB. = Bürgerliches Gesetzbuch v. 18. 8. 1896.
CPO. = Civilprozeßordnung v. 30. 1. 1877 in der Fassung der Bekanntmachung v. 20. 5. 1898.
HGB. = Handelsgesetzbuch v. 10. 5. 1897.
KO. = Konkursordnung v. 10. 2. 1877 in der Fassung der Bekanntmachung v. 20. 5. 1898.
OLG. = Oberlandesgericht.
RG. = Reichsgericht.
StGB. = Strafgesetzbuch v. 15. 5. 1871.

Einleitung.

§ 1.

Jedes wirtschaftliche und demgemäß auch jedes handelsgewerbliche Unternehmen zeigt eine bestimmte rechtliche Ausprägung, die man als Unternehmungsform bezeichnen kann.[1]) Diese bildet die Grundlage für die Beurteilung der Frage, welche Bestimmungen des bürgerlichen und des Handelsrechts für die Rechtsverhältnisse des Unternehmens und damit auch des Unternehmers maßgebend sind.

Die wirtschaftliche Umwandlung einer Unternehmung, z. B. die Vergrößerung oder Verkleinerung des Betriebskapitals, die Ausdehnung oder Einengung eines Geschäftszweiges, braucht nicht notwendig für den Unternehmer eine Verschiebung der rechtlichen Sphäre, in der er sich bewegt, mit sich zu führen. Dagegen wird die Umwandlung der Unternehmungsform überall da auf die rechtliche Lage des Unternehmers von Einfluß sein, wo auf die bisherige und auf die neue Unternehmungsform verschiedene Rechtsgrundsätze und infolgedessen verschiedene Gesetzesbestimmungen Anwendung finden. Dies wird aber regelmäßig der Fall sein.

Bei dem gewaltigen Aufschwung, den das Wirtschaftsleben in Deutschland in neuester Zeit genommen hat, konnten die wenigen aus dem Mittelalter überkommenen Unternehmungsformen den vielseitigen Anforderungen von Handel und Industrie bald nicht mehr genügen. Die Bedeutung der Gesamtunternehmungen stieg entsprechend den wachsenden Anforderungen, die die Entwicklung des Wirtschaftslebens an die persönlichen Eigenschaften der Leiter der Unternehmungen stellte, und entsprechend dem Anwachsen der für die einzelne Unternehmung erforderlichen

---

[1]) vgl. hierzu und zum Folgenden Lehmann, Z. f. HR. Bd. 50 S. 5.

Kapitalien.[2]) Hand in Hand ging damit das Bestreben der Unternehmer, das Risiko des einzelnen Teilnehmers zu begrenzen, trotzdem aber die Gläubiger nach Möglichkeit vor Benachteiligung zu schützen und damit den Kredit der Unternehmung zu erhöhen. Für die Gesetzgebung erwuchs hier die Aufgabe, durch Schaffung geeigneter Assoziationstypen der wirtschaftlichen Entwicklung Rechnung zu tragen. Daß sie diese Aufgabe jederzeit richtig erkannt hat und ihr stets nach Möglichkeit gerecht geworden ist, zeigt ein Blick auf die neuere deutsche Handelsgesetzgebung und den durch diese geschaffenen ungemeinen Reichtum des deutschen Rechts an Unternehmungsformen.[3])

Dagegen tat die Gesetzgebung lange Zeit nichts, um den Übergang von der einen Unternehmungsform zur anderen zu erleichtern. Wer sich für eine Form einmal entschieden hatte und sie später gegen eine andere vertauschen wollte, mußte den Doppelprozeß der Auflösung der alten und der Schaffung der neuen Gestalt durchlaufen. Was für einen unnötigen Aufwand an Arbeit und Kosten das aber erforderte, was für prozeß- und registerrechtliche Schwierigkeiten und Umständlichkeiten dadurch verursacht wurden, und was für eine ökonomische Schädigung der Beteiligten daraus entstehen konnte, z. B. wenn es sich um die Umwandlung einer Aktiengesellschaft handelte und zu diesem Zwecke eine Liquidation des Gesellschaftsvermögens notwendig war, liegt auf der Hand.

Es ist das Verdienst des Handelsgesetzbuchs v. 10. 5. 1897, wie auf manchem anderen Gebiete, so auch hier, durch zeitgemäße, vereinfachende und der Erleichterung des Rechtsverkehres infolgedessen dienende Vorschriften Wandel geschaffen zu haben. Hiermit wurde aber gleichzeitig die in der Praxis verschiedentlich eingetretene Rechtsunsicherheit beseitigt. Denn die Gerichte waren, da einschlägige Gesetzesbestimmungen fehlten, gezwungen, teils durch analoge Anwendung ähnlicher Gesetzesvorschriften, teils in

---

[2]) Rathgen in Elsters Wörterb. d. Volksw. 2. Aufl. Bd. 2 S. 23.

[3]) vgl. neuerdings Schutzgebietsgesetz v. 17. 6. 1886 / 10. 9. 1900 (Kolonialgesellschaften); Gesetz betr. die Gesellschaften mit beschränkter Haftung v. 20. 4. 1892; Gesetz über die privaten Versicherungsunternehmungen v. 12. 5. 1901 (Versicherungsgesellschaften auf Gegenseitigkeit).

Ermangelung auch solcher allein nach eigener Rechtsüberzeugung zu urteilen. Dabei waren sie aber, zumal sie auch von den in reichem Maße vorhandenen, jedoch zu verschiedenen, teilweise entgegengesetzten Ergebnissen führenden Erscheinungen der juristischen Literatur nicht unberührt bleiben konnten, bisweilen zu einander recht widersprechenden Entscheidungen gelangt.

Dies gilt insbesondere für den einfachsten Fall der Umwandlung einer handelsgewerblichen Unternehmungsform in eine andere, der des Geschäftes eines Einzelkaufmanns in eine offene Handelsgesellschaft oder Kommanditgesellschaft durch Hinzutritt eines Gesellschafters. Hier hat das neue Handelsgesetzbuch eine der in Theorie und Praxis bestrittensten Fragen entschieden, nämlich die Frage, wie sich in einem solchen Falle die Haftung für die Geschäftsverbindlichkeiten und die Stellung zu den Geschäftsforderungen für die entstehende Gesellschaft sowie für den bisherigen Einzelkaufmann gestaltet.

Der Darstellung des bis zum Inkrafttreten des Handelsgesetzbuchs v. 10. 5. 1897 bestehenden Rechtszustands wird weiter unten ein besonderer Abschnitt gewidmet sein.[4])

Das Handelsgesetzbuch v. 10. 5. 1897 bestimmt in seinem § 28:

> „Tritt jemand als persönlich haftender Gesellschafter oder als Kommanditist in das Geschäft eines Einzelkaufmanns ein, so haftet die Gesellschaft, auch wenn sie die frühere Firma nicht fortführt, für alle im Betriebe des Geschäfts entstandenen Verbindlichkeiten des früheren Geschäftsinhabers. Die in dem Betriebe begründeten Forderungen gelten den Schuldnern gegenüber als auf die Gesellschaft übergegangen.
>
> Eine abweichende Vereinbarung ist einem Dritten gegenüber nur wirksam, wenn sie in das Handelsregister eingetragen und bekannt gemacht oder von einem Gesellschafter dem Dritten mitgeteilt worden ist".

[4]) vgl. unten § 12.

Erstes Kapitel.

Die Voraussetzungen.

I. Das bestehende Handelsgeschäft eines Einzelkaufmanns.

1. Begriff des Handelsgeschäfts.

§ 2.

a) Im allgemeinen.

Die erste Voraussetzung für die Anwendbarkeit des § 28 HGB. ist ein bestehendes Handelsgeschäft eines Einzelkaufmanns.

Der Ausdruck „Handelsgeschäft" oder kurz „Geschäft" wird im Verkehr in dreifacher Bedeutung gebraucht:

1. Der Kaufmann geht am Morgen in sein „Geschäft". Hier bedeutet „Geschäft" nur den örtlichen Mittelpunkt seiner gewerblichen Tätigkeit, das Geschäftslokal.

2. Dort nimmt er die zum Betriebe seines Handelsgewerbes erforderlichen „Geschäfte" vor. Das sind die „Handelsgeschäfte" im Sinne der §§ 343, 344 HGB., d. h. die einzelnen nach Handelsrecht zu beurteilenden Rechtsgeschäfte des Kaufmanns.

Diese beiden Bedeutungen des Ausdrucks „Handelsgeschäft" scheiden für unsere Betrachtungen aus.

3. Hier kommt nur das „Handelsgeschäft" als Handelsunternehmen in Frage,[1]) das Handelsgeschäft, das der Kaufmann entweder selbst begründet oder unter Lebenden oder von Todes wegen erworben hat (§ 22 HGB.), das er mit oder ohne Firma auf einen anderen übertragen (§ 25 HGB.), ohne welches er aber die Firma nicht veräußern kann (§ 23 HGB.), das nach seinem Tode seine Erben fortführen können (§ 27 HGB.), und das er endlich durch

[1]) vgl. Cosack S. 50.

Aufnahme eines Gesellschafters in das Geschäft einer offenen Handelsgesellschaft oder Kommanditgesellschaft umwandeln kann.

Eine Definition des Begriffes „Handelsgeschäft" in diesem Sinne fehlte bereits im allgemeinen deutschen Handelsgesetzbuch. Für das neue ist der Ausdruck aus Art. 22 ADHGB. einfach übernommen worden, ohne daß sich das Gesetz, die Denkschrift oder die Kommissionsberichte darüber ausgesprochen haben, was darunter zu verstehen sei. Man überließ die Auslegung nach wie vor der Wissenschaft und der Praxis, und es ist bei dem Spielraum, den das Gesetz für diese Auslegung gelassen hat, einerseits, der Wichtigkeit der Materie aber andererseits nicht zu verwundern, daß im Laufe der Zeit die verschiedensten Theorien über diesen mit Recht von Lehmann-Ring[2]) als „schillernd" bezeichneten Begriff aufgestellt worden sind. Daß hierbei teilweise auch der Wunsch, gewisse Lücken des Gesetzes, wie sie im ADHGB. insbesondere das Fehlen einer Bestimmung über die Frage der Haftung des Erwerbers eines Handelsgeschäfts für die Geschäftsschulden des Veräußerers darstellte, dadurch auszufüllen, daß man dem Handelsgeschäft eine mehr oder weniger große sachliche oder persönliche Selbständigkeit zuschrieb, der Vater des Gedankens war, kann man besonders bei den älteren Theorien beobachten.

§ 3.

b) Ältere Theorien.

1. Die Beobachtung, daß im praktischen Leben der Kaufmann in der Regel eine Scheidung zwischen seinem Privat- und seinem Geschäftsvermögen vorzunehmen pflegt, was schon äußerlich durch die getrennte Buchführung regelmäßig in die Erscheinung tritt, spiegelt sich wider in den Versuchen einiger älterer Schriftsteller und Gerichte, diese tatsächliche Trennung auch auf das rechtliche Gebiet zu übertragen, und führte sie dazu, das Handels- oder doch wenigstens das Firmengeschäft als ein mehr oder weniger selbständiges Rechtssubjekt darzustellen. Wenn diese älteren Theorien auch heute, wo das Handelsgesetzbuch v. 10. 5. 1897 alle die Streit-

---

[2]) Lehmann-Ring S. 83.

fragen, deren Lösung sie dienen sollten, durch Aufstellung positiver Gesetzesbestimmungen beseitigt hat, keinen praktischen Wert mehr haben, so entbehren sie doch nicht jeden Interesses. Denn einmal sind sie charakteristisch für das Bestreben der älteren, noch mehr in den Fesseln des römischen Rechts steckenden deutschen Jurisprudenz, um jeden Preis und teilweise selbst unter vollständiger Verkennung der tatsächlichen Sachlage zu systematisieren.[1])

Andererseits aber bilden sie, wie bereits angedeutet[2]), die Grundlage für die verschiedenen, vor dem Inkrafttreten des Handelsgesetzbuchs v. 10. 5. 1897 herrschenden Ansichten über die Frage der Schuldenhaftung dessen, der das Handelsgeschäft eines Einzelkaufmanns unter Lebenden erwirbt oder in ein solches als Gesellschafter eintritt.

2. Einer der ältesten Vertreter der Auffassung, daß das Handelsgeschäft, allerdings nur das unter einer Firma betriebene, als ein selbständiges Rechtssubjekt anzusehen sei, ist Hassenpflug in seinem im Jahre 1827 im 1. Heft des 1. Bandes von Elvers' Themis erschienenen Artikel „Eine unter einer Firma betriebene Handlung ist als das Rechtssubjekt hinsichtlich aller aus Handelsgeschäften entstehenden Rechte und Verbindlichkeiten anzusehen".

Durch ähnliche Erwägungen wie er gelangte Tabor, allerdings in erster Linie wohl nur für die offene Handelsgesellschaft, in seiner an gleicher Stelle im Auszug wiedergegebenen, vom Jahre 1826 stammenden Abhandlung „Beitrag zur rechtlichen Erörterung der Verbindlichkeiten, welche aus dem Eintritt in eine bestehende Handelsfirma entspringen, besonders hinsichtlich der schon vor dem Eintritt auf derselben gelastet habenden Schulden" zu der Behauptung, das Firmengeschäft habe den Charakter einer juristischen Person.

Am weitesten aber geht in dieser Hinsicht Mommsen in einem im Jahre 1875 in Bd. 32 von Buschs Archiv abgedruckten

---

[1]) vgl. hierzu die von Stegemann S. 5 zitierten Worte des Franzosen Catalan in seinem Werke „De la condition juridique des fonds de commerce", Londres 1899 (S. 17): „Ces théories très particulières manifestent un effort, une tendance qui ne sont point evidemment pour surprendre qui connaît l'esprit d'analyse des Allemands et leur inclination à la systématisation".

[2]) s. § 2 am Ende.

Aufsatz „Die Haftung des Firmenübernehmers und die Behandlung dieser Kontroverse seitens des Leipziger Oberhandelsgerichts". Seiner Auffassung liegt die irrige Meinung zugrunde, die Firma sei nicht der Handelsname des Kaufmanns, sondern des Geschäftes selbst. Sie sei das äußere Zeichen der Identität des Geschäfts.[3]) Das Geschäft erscheint ihm „unmittelbar selbst als das eigentliche Verkehrswesen, als selbständiger Träger des Kredits und der gesamten Handelstätigkeit".[4]) Geschäft, einerlei ob Einzelkaufmanns- oder Gesellschaftsgeschäft, aber bedeute nach der Anschauung des Handelsstandes wie in Gemäßheit der Vorschriften des Handelsgesetzbuchs den Komplex eines selbständigen und zum Handelsbetriebe angewendeten Vermögens.[5])

Nicht so weit wie Mommsen geht Endemann. Zwar, meint dieser, brauche man nicht bis zur juristischen Person vorzugehen, die subjektive Funktion des Geschäftes sei aber angesichts des wirklichen Lebens nicht zu bestreiten.[6]) Auch er steht auf dem Standpunkt, daß die Firma der Name des Geschäftes im Gegensatz zu dem des Inhabers sei.[7]) Nach ihm ist das Geschäft „ein durch seinen Beruf für die menschliche Gesellschaft getragener über der physischen Person stehender Organismus des wirtschaftlichen Lebens".[8])

Auch in der Praxis finden wir die Auffassung von der Rechtspersönlichkeit des Handelsgeschäfts vertreten. So folgte das Kgl. Obertribunal Berlin dieser Auffassung in konstanter Judikatur, indem es zwar nicht von juristischer, aber doch von einer „Art von Persönlichkeit" des Firmengeschäfts spricht.[9])

Auf anderem, wenn auch ähnlichem Wege versuchten Bekker und von Völderndorff zum Ziele zu gelangen.

Bekker in seinem 1861 in Goldschmidts Zeitschr. (Bd. 4)

---

[3]) S. 209.
[4]) S. 210.
[5]) S. 214.
[6]) Handb. S. 182.
[7]) Handb. S. 183; Handelsrecht S. 75.
[8]) Handelsrecht S. 64.
[9]) vgl. Regelsberger S. 6; Stegemann S. 45 sowie die unten bei § 12, 2 zitierten Entscheidungen.

erschienenen Aufsatz: „Zweckvermögen, insbesondere peculium, Handelsvermögen und Aktiengesellschaft" vergleicht das Handelsvermögen mit dem römischen peculium und definiert es als „Zweckvermögen, d. h. ein Komplex von Wertstücken, die nicht sowohl durch die Person, als den Zweck, dem sie dienen, zusammengehalten werden".[10]) Er schließt daraus, daß das Vermögen der offenen Handelsgesellschaft Sondergut sei, und daß das Handelsvermögen des einzelnen Kaufmannes rechtlich nicht anders beurteilt werden könne als das mehreren zugehörige Gesellschaftsvermögen, daß auch dieses, mithin jedes Handelsvermögen Zweckvermögen sei.[11])

Auf dieselbe Grundlage der angeblich nicht nur tatsächlichen, sondern auch rechtlichen Abgeschlossenheit des Geschäftsvermögens von dem Privatvermögen stützt sich von Völderndorff, indem er von der Firma als „kaufmännischer Person" spricht und darunter „die von der physischen Person getrennt gedachte Funktion des Kaufmanns im Verkehrsleben" versteht.[12])

Auch das Handelsappellationsgericht Nürnberg arbeitete mit diesem Begriff.[13])

Die zuletzt genannte Ansicht stimmt keineswegs mit der von der juristischen Persönlichkeit des Geschäfts überein, wie Regelsberger[14]) annimmt, steht vielmehr im Gegensatz zu dieser. Diese betrachtet das Geschäft als etwas außerhalb der Person des Prinzipals Stehendes und personifiziert es, von Völderndorff dagegen zerlegt die Person des Geschäftsherrn in zwei Teile, in die bürgerliche und in die kommerzielle.[15])

3. Daß der Gedanke der rechtlichen Selbständigkeit des Handelsgeschäfts oder der Firma unhaltbar sei, wurde schon frühzeitig erkannt. Noch in demselben Bande von Elvers' Themis im 2. Heft schreibt ein ungenannter Praktiker einen gegen die Aus-

---

[10]) S. 499.

[11]) S. 542 ff.

[12]) Anschütz-Völderndorff S. 135—191 ff.

[13]) Seufferts Arch. Bd. 22, 62 (1867).

[14]) S. 13. Er meint: „Was denkt man sich unter kaufmännischer Persönlichkeit, wenn man die Annahme einer juristischen Persönlichkeit verwirft?"

[15]) Stegemann S. 7.

führungen Hassenpflugs gerichteten Artikel.[16]) Die „Nürnberger Kommission zur Beratung eines Allgemeinen deutschen Handelsgesetzbuchs" wollte nicht einmal der offenen Handelsgesellschaft und Aktiengesellschaft, geschweige denn dem Geschäft eines Einzelkaufmanns Rechtspersönlichkeit zusprechen.[17]) Treffend ist vor allem auch die Kritik Regelsbergers in Goldschmidts Zeitschr. (Bd. 14 S. 1 ff.).

Es kann aber nicht im Rahmen dieser Arbeit liegen, die von den genannten Autoren für ihre Theorien ins Feld geführten Argumente im einzelnen darzustellen und zu widerlegen. Es sei deshalb auf die betreffenden Abhandlungen selbst sowie auf deren Kritik z. B. bei Stegemann und Conradin verwiesen. Heute ist man in Theorie und Praxis, gestützt vor allem auf das geltende Handelsrecht, darüber einig, daß von einer juristischen oder kaufmännischen Persönlichkeit des Handelsgeschäfts oder der Firma keine Rede sein kann. In Ansehung des Handelsgeschäftes des Einzelkaufmanns steht wenigstens die herrschende Meinung auch auf dem Standpunkt, daß es zwar tatsächlich, nicht aber auch rechtlich ein Sondervermögen darstellt.[18])

§ 4.

c) Neuere Theorien.

1. Aber auch in der neueren Literatur sind die Meinungen darüber, was eigentlich unter Handelsgeschäft im Sinne von Handelsunternehmen zu verstehen sei, verschieden.

Zweifellos zu eng ist die durch von Hahn vertretene Ansicht, Handelsgeschäft sei der „Inbegriff der Rechtsverhältnisse, die mit dem Betriebe des Handelsgewerbes in Beziehung stehen".[1]) Schon Regelsberger[2]) lehnt gerade diese Definition ausdrücklich ab, indem er das Hauptgewicht auf die „Gelegenheit zum Betriebe eines Handelsgewerbes" legt. Den gleichen Gedanken finden wir aber auch bereits in den erwähnten Ausführungen des ungenannten

[16]) S. 498 ff., insbesondere S. 515.
[17]) Lutz S. 1039/1040.
[18]) a. M. Hellwig, Verträge S. 399 ff.
[1]) S. 109.
[2]) S. 12.

Praktikers in Elvers' Themis vertreten, wo es heißt: „In der Handelswelt ist es für den, der eine Handlung fortsetzt, und für seine Interessen nicht eigentlich darauf abgesehen, daß er gerade das in der Handlung roulierende Kapital an Waren, Forderungen usw. erhalte (denn dieses müßte er ja doch jedenfalls dem bisherigen Inhaber nach der Bilanz vergüten), sondern auf den Geschäftsbetrieb für die Zukunft. Ihm ist es darum zu tun, daß der, welcher bisher die Handlung betrieben, zurücktrete und diese Art von Geschäften aufgebe, und daß, indem jener ihn bei seinen Handelsfreunden empfiehlt und das Vertrauen, welches er bis dahin genossen, auf seinen Nachfolger zu übertragen bittet, er die Verbindungen und Kundschaft erhalte, worin jener bisher gestanden".[3])

Diesem Umstande tragen Behrend und im Anschluß an ihn Goldmann Rechnung. Nach Behrend[4]) ist Handelsgeschäft gleichbedeutend mit Handlungsvermögen und daher „der in dem konkreten Handelsgewerbe steckende Vermögenswert, der aus aktiven und passiven Bestandteilen zusammengesetzt ist oder doch zusammengesetzt sein kann". Goldmann nimmt auf diese Begriffsbestimmung Bezug und definiert das Handelsgeschäft seinerseits als den „Inbegriff aller derjenigen Gegenstände, welche zum Betriebe des konkreten Handelsgewerbes gehören".[5]) Beide rechnen dabei zu den Aktiven auch die „Chancen des Geschäftes, die Hoffnung, welche der Kaufmann für zukünftigen gewinnbringenden Betrieb des Handelsgewerbes hegt, welche sich teils auf die materiellen Grundlagen des Geschäfts sowie auf das Renommée desselben, teils auf die geschäftlichen und sonstigen Beziehungen stützt, sich auch auf Geschäfts- insbesondere Fabrikationsgeheimnisse, auf Bezugs- und Absatzquellen erstreckt".

Ähnlich lauten die von Cosack[6]) und Staub[7]) gegebenen Definitionen.

---

[3]) S. 522.

[4]) Lehrb. S. 202; Zeitschr. f. Gesetzgebung u. Rechtspfl. in Preußen Bd. 4 S. 434.

[5]) S. 89.

[6]) S. 50.

[7]) Anm. 4 zu § 22.

2. Im Gegensatz zu den bisher Genannten lehnen es verschiedene andere Autoren ab, eine Allgemeingültigkeit in Anspruch nehmende Begriffsbestimmung zu geben, und begnügen sich mit der Aufstellung je eines engeren und eines weiteren Begriffs.

So sprechen Düringer-Hachenburg von dem Handelsgeschäft gleich Handelsgewerbe als „der Gesamtheit der durch den Betrieb eines konkreten kaufmännischen Unternehmens zu einem ganzen verbundenen aktiven und passiven Vermögenswerte", wobei sie ebenfalls zu den Aktiven die sogen. Chancen rechnen.[8]) Als begriffswesentlich für ein bestehendes Handelsgeschäft bezeichnen sie aber nur einen gewissen Kern der in der genannten Definition enthaltenen Bestandteile, nämlich den, „der nötig ist, um den Betrieb des Geschäfts in seinem bisherigen individuellen Charakter weiterzuführen". Tatfrage sei es, welche Bestandteile diese Bedeutung hätten. Als regelmäßig nicht zu diesem wesentlichen Kern gehörig bezeichnen sie die Passiven des Geschäfts, dagegen seien die sogen. Chancen häufig von ausschlaggebender Bedeutung für die Fortführung des Geschäfts.[9])

Lehmann identifiziert das Handelsgeschäft mit dem Handelsvermögen und unterscheidet bei letzterem aktive und passive Bestandteile, wobei er zu den Aktiven gleichfalls die tatsächlichen Beziehungen von Vermögenswert (Chancen) zählt. Diese bezeichnet er als im Zweifel engsten Teil des Handelsgeschäfts, ohne den der Erwerb eines Geschäfts undenkbar sei.[10])

Lehmann-Ring sehen ebenfalls im Handelsgeschäft im weitesten Sinne „die Gesamtheit der durch den Betrieb eines Handelsgewerbes vereinigten Vermögensbestandteile und Beziehungen von Vermögenswert" (= Handelsvermögen), im engsten Sinne aber „diejenigen Vermögenswerte, durch die der Fortbetrieb eines Handelsgewerbes gewährleistet wird, wonach u. U. schon die Chancen als Handelsgeschäft gelten können.[11])

Ihnen schließt sich bezüglich des weitesten Begriffs Stege-

---

[8]) S. 242.
[9]) S. 243.
[10]) Lehrb. S. 105 ff.
[11]) S. 89/90.

mann an,[12]) der jedoch die Passiven nicht mit zum Handelsvermögen zählt, da er im Anschluß an die Ausführungen Binders[13]) den Vermögensbegriff des Bürgerlichen Gesetzbuches nur im Sinne von Aktivvermögen auffaßt.[14]) Als engeren Begriff des Handelsgeschäfts findet er den „Betrieb des Geschäfts", indem er seiner Beweisführung den bei der Veräußerung eines Handelsgeschäfts seitens der Kontrahenten verfolgten Zweck, die Einweisung des Erwerbers in den Geschäftsbetrieb des Veräußerers, zugrunde legt.[15]) Er erklärt aber dann selbst diesen Standpunkt als der Fülle der Erscheinungen gegenüber zu eng und rigoros.[16])

§ 5.

d) Handelsgeschäft nicht gleich Handelsvermögen.

1. Die vorerwähnten Definitionen weisen alle mehr oder weniger deutlich den Begriff des „Vermögens" auf, soweit sie nicht Handelsgeschäft dem Handelsvermögen überhaupt völlig gleichstellen. Hierbei wird Vermögen wohl von allen mit Ausnahme Stegemanns in dem landläufigen Sinne als „die rechtliche Vereinigung aller einer Person in einem bestimmten Zeitpunkt zustehenden Rechte und Verpflichtungen"[1]) verstanden. Es liegt nun auf der Hand, daß diese Begriffsbestimmungen bei der praktischen Anwendung häufig versagen müssen, da ja das Gesetz eine Veräußerung eines Handelsgeschäftes auch ohne Übergang der Aktiva und Passiva anerkennt (§ 25 HGB.), ohne daß das Geschäft dadurch aufhört ein solches zu sein, was bei strikter Durchführung der Theorien z. B. Behrends, Goldmanns, Cosacks und Staubs doch die Folge sein müßte. Diese Erkenntnis führte die zuletzt genannten Autoren dazu, sich in der geschilderten Weise durch Schaffung eines weiteren und eines

---

[12]) S. 35.
[13]) S. 14 ff.
[14]) S. 37 ff.
[15]) S. 15 ff.
[16]) S. 17, vgl. S. 94 ff.

[1]) vgl. Endemann, Lehrb. d. bürgerl. R. 8. Aufl., Berlin 1903, Bd. 1 § 50 Anm. 14.

engeren Begriffs einen Ausweg aus dem Dilemma zu schaffen. Damit ist aber nicht viel gewonnen.[2]) Nur Stegemann versteht unter Vermögen allein das Aktivvermögen, kommt damit aber noch nicht über die Schwierigkeit hinweg, die entsteht in dem erwähnten auch praktisch sehr wohl denkbaren Falle, daß ein Handelsgeschäft ohne Aktiva veräußert wird, und kann daher ebenfalls ohne einen zweiten engeren Begriff des Handelsgeschäfts nicht auskommen. Er folgt in seiner Auffassung des Handelsvermögens Binder, der wohl bisher am entschiedensten für eine scharfe Scheidung der Begriffe Handelsvermögen und Handelsgeschäft, ja für eine völlige Ausscheidung des letzteren bei einer Definition des Handelsgeschäfts eingetreten ist.[3]) Dieser Standpunkt ist aber m. E. der richtige, und man muß zu demselben Resultat wie Binder gelangen, wenn man seinen Untersuchungen über den Begriff des Handelsgeschäfts die von Sohm in seiner Abhandlung über den „Gegenstand" vertretene Auffassung vom Vermögen im Sinne des Bürgerlichen Gesetzbuches zugrunde legt. Dem steht aber m. E. darin, daß es sich hier um einen Begriff des Handelsrechts handelt, kein Hindernis im Wege.

2. Nach Sohm[4]) besteht das Vermögen im Sinne des Bürgerlichen Gesetzbuchs nur aus Aktivbestandteilen, und zwar nur aus „Gegenständen". Gegenstand im Rechtssinn aber ist, was Gegenstand eines Verfügungsgeschäfts, d. h. eines die Rechts-

---

[2]) vgl. Pisko S. 7 ff.

[3]) Binder (S. 31 ff.) geht davon aus, daß die Summe der durch den Handel begründeten und ihm gewidmeten Rechtsverhältnisse das Handelsvermögen und nicht, wie die herrschende Meinung annimmt (vgl. die Zusammenstellung bei Binder a. a. O. Anm. 139; insbesondere Behrend S. 202; Lehmann-Ring S. 189; Staub Anm. 4 zu § 22), das Handelsgeschäft bedeutet. Letzteres sei vielmehr die Gelegenheit und Veranstaltung zum Zwecke des kaufmännischen Gewerbebetriebes, „die Handlung, in der des Kaufmanns Leben pulsiert, die ihm Gewinn verschafft durch Verwertung des Handelsvermögens" (S. 32). Das Handelsvermögen und die Handelsschulden seien daher Bestandteile der Erbschaft, nicht aber das Handelsgeschäft (S. 36). (Bezüglich der von ihm aus seiner Auffassung gezogenen weiteren Schlußfolgerungen sei auf das Werk selbst, bezüglich der Kritik derselben auf die Ausführungen Sohms in Kohlers Arch. Bd. 28 S. 182 Anm. 6 verwiesen.)

[4]) Gegenstand S. 1 ff., insbesondere S. 23.

lage eines Gegenstandes unmittelbar ändernden Rechtgeschäfts sein kann (Rechtsgegenstand). Danach gehören zu den Gegenständen:

1. körperliche Gegenstände (Sachen im Rechtssinne, d. h. solche, die Gegenstände des verfügungsgeschäftlichen Verkehrs bilden können);
2. unkörperliche Gegenstände (Vermögensrechte, das sind Rechte, die Gegenstände des verfügungsgeschäftlichen Verkehrs bilden können, nämlich solche, die
   a) durch Verfügungsgeschäft begründet, oder
   b) durch Verfügungsgeschäft selbständig übertragen werden können).

Alle anderen sind Nichtgegenstände und damit keine Bestandteile des Vermögens. Dies sind insbesondere sämtliche unübertragbaren Personenrechte, zu denen das Firmenrecht zu zählen ist, die Schulden, der Besitz, die sogen. abgeleiteten Rechte. Auch diese können Vermögenswert haben, ohne damit aber Bestandteil des Vermögens zu sein, da eben eine rechtsgeschäftliche Verfügung über sie nicht möglich ist.

Wenden wir das auf das Handelsvermögen an, so finden wir: das Handelsvermögen im landläufigen Sinne besteht aus: Aktiven, Passiven, gewissen die Gelegenheit zum Betriebe des Handelsgewerbes gewährleistenden Beziehungen (Chancen). Das Handelsvermögen im Sohmschen Sinne können nur die mit dem Handelsgewerbe des Kaufmanns im Zusammenhang stehenden „Gegenstände" sein, d. h. die aktiven Bestandteile des Handelsvermögens im landläufigen Sinne, diese aber auch nur, soweit sie den Gegenstand eines Verfügungsgeschäfts bilden können.

Nicht zum Handelsvermögen in diesem Sinne gehört daher die Firma. Nicht gehört dazu alles das, was wir kurz auch weiterhin als „Chancen" (Gelegenheit zum Betriebe des Geschäfts) bezeichnen wollen.[5]) Denn weder Firma noch Chancen sind Sachen oder Rechte, die durch Verfügungsgeschäft begründet oder selb-

[5]) Was darunter im einzelnen zu verstehen ist, kann sehr verschieden sein. Mit diesem einheitlichen Ausdruck soll hier alles das zusammengefaßt werden, was Pisko (S. 15 ff.) als Organisation der Produktionsmittel einerseits und gesicherte

ständig übertragen werden können. Vielmehr sind sie Beziehungen personenrechtlicher oder tatsächlicher Art. Sie brauchen deswegen keineswegs jeden Rechtsschutzes zu entbehren.[6]) Auch schließt das nicht aus, daß sie Vermögenswert haben können. Bei einem altrenommierten Handelshause, aber auch bei gewissen besonders gearteten Unternehmungen, z. B. einem Zeitungsverlag, kann dieser sogar ganz erheblich sein, ja den Hauptwert des Geschäfts ausmachen.[7]) Deshalb kann die Firma, wenn sie bei Erwerb des Handelsgeschäfts entgeltlich miterworben wurde, sehr wohl als Aktivum in die Eröffnungsbilanz aufgenommen werden,[8]) ja es wird sogar die Ansicht vertreten, daß der Kaufmann den Wert der gegen Entgelt von einem Dritten erworbenen Chancen in die Bilanz einstellen kann.[9])

Die Firma ist der Handelsname des Kaufmanns, also personenrechtlicher Art. Sie wird begründet nicht durch Verfügungsgeschäft, sondern durch Gebrauch. Sie kann auch nicht selbständig übertragen werden (§ 23 HGB.). Auch ihre Veräußerung zusammen mit dem Geschäft bedeutet nur ein Überlassen. Sie geht erst über, wenn der Erwerber sie — auf Grund des Überlassungsvertrags gerechtfertigterweise — gebraucht.[10]) Die Gelegenheit zum Betriebe des Geschäfts (Chancen) wird begründet durch rege Tätigkeit und Geschäftserfahrung des Geschäftsinhabers oder -leiters, sowie der

---

Absatzgelegenheit andrerseits bezeichnet. Auf dessen eingehende Ausführungen hierzu sei verwiesen; vgl. weiter Goldmann S. 89 (oben S. 10); Staub Anm. 4 zu § 22; RG. Bd. 55 S. 125, Bd. 70 S. 21.

[6]) vgl. z. B. das Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb v. 7. 6. 1909; BGB. §§ 823, 824, 826; StGB. §§ 185—187 und die neuere Rechtsprechung des Reichsgerichts über diese Fragen, insbesondere RG. Bd. 51 S. 373 ff., Bd. 56 S. 275 ff., Bd. 58 S. 28 ff. Es sind also nicht bloß, wie Düringer-Hachenburg (S. 243) annehmen, „rein faktische Beziehungen"; vgl. RG. Bd. 51 u. 56 a. a. O., die ein wohlerworbenes „Recht" auf Ausübung eines bestehenden selbständigen Gewerbebetriebs anerkennen.

[7]) vgl. RG. Bd. 37 S. 178 und neuerdings Bd. 70 S. 223.

[8]) RG. in JW. 1901 S. 653, 12; Staub Anm. 4 zu § 17.

[9]) Simon, Die Bilanzen der Aktiengesellschaften und der Kommanditgesellschaften auf Aktien, 3. Aufl., Berlin 1899, § 47 (S. 165 ff.); Lehmann, Lehrb. S. 108. Auf die gegen diese Maßregel sprechenden Bedenken kann hier nicht eingegangen werden.

[10]) vgl. Sohm bei Kohler S. 181 Anm. 6.

Angestellten, Reklame, Empfehlungen, die Konjunktur usw. Übertragungsfähig im eigentlichen Sinne ist auch sie nicht. Auch sie wird, richtiger gesagt, „überlassen". Dies ist ein Vorgang tatsächlicher Natur, zu dessen Herbeiführung man sich wohl durch Rechtsgeschäft verpflichten kann, der aber als Verfügungsgeschäft nicht in Frage kommt. In gleicher Weise kann z. B. ein Arzt durch einen entsprechend dem Kauf zu behandelnden Vertrag seine Praxis veräußern,[11]) diese aber nicht durch Verfügungsgeschäft übertragen, sondern nur überlassen. Auch die Überlassung der Chancen erfolgt durch nichtrechtsgeschäftliche Tätigkeit des bisherigen Geschäftsinhabers, z. B. bloße Mitteilung der Bezugs- und Absatzgebiete, Winke hinsichtlich der Ausnützung einer günstigen Konjunktur u. a., ja unter Umständen sogar durch ein bloßes Unterlassen desselben, die Chancen seinerseits weiter auszunützen.[12]) Firma wie Chancen sind daher keine Gegenstände und mithin auch nicht Bestandteile des Handelsvermögens in unserem Sinne.

Da nun eine rechtsgültige Übertragung eines Handelsgeschäfts auch dann vorliegt, wenn der Übergang sowohl der Aktiven als auch der Passiven ausgeschlossen wird, das Handelsgeschäft aber außer diesen auch nach der herrschenden Meinung nur noch die Chancen umfaßt, kann es sich in einem solchen Falle nur um eine Übertragung, richtiger Überlassung, der Chancen handeln. Es muß also der Begriff des Vermögens in unserem Sinne (= Aktiva) völlig ausscheiden. Es bleiben nur diese personenrechtlichen und tatsächlichen Beziehungen, die Organisation oder die Gelegenheit zum Betriebe des Handelsgewerbes, für den Begriff des Handelsgeschäfts übrig. Das Handelsgeschäft ist nicht Gegenstand[13]) und hat daher mit dem Handelsvermögen nichts zu tun.[14]) Die Ver-

[11]) Dernburg, Bürgerl. R. Bd. II, 2 S. 6; Planck, Komm. z. BGB. 3. Aufl. Anm. 3 zu § 433; Staudinger Anm. V, 2c zu § 433 und die daselbst angeführte Literatur.

[12]) vgl. den Artikel des ungenannten Praktikers in Elvers' Themis S. 522 (oben § 3). Den zuletzt genannten Fall nimmt Pisko (S. 25, vgl. auch S. 89) aus, indem er unter Übertragung der Absatzgelegenheit (oben Anm. 5) nur einen solchen Akt versteht, „der die tatsächliche Wirkung hat, daß die bestehende Absatzgelegenheit unmittelbar auf einen anderen übergeht".

[13]) vgl. Sohm bei Kohler a. a. O.; a. M. Pisko S. 89 f.

[14]) So schon ROHG. Bd. 2 S. 51.

äußerung eines Handelsgeschäfts kann daher ohne jedes Handelsvermögen erfolgen (§ 25 HGB.).[15] Sie bedeutet die Instandsetzung eines anderen zum Betriebe des Geschäfts.[16] Das wird auch zweifellos das sein, was der Geschäftsübernehmer in erster Linie bezweckt.

Der Kaufmann hat also, um das Ergebnis unserer Untersuchungen noch einmal zusammenzufassen:

a) als Privatmann: Privatvermögen, Privatschulden, sowie personenrechtliche und möglicherweise irgendwelche tatsächliche Beziehungen privater Art;

b) als Handelsgeschäftsinhaber: Geschäftsvermögen, Geschäftsverbindlichkeiten und die sogen. Chancen.

Nur die letzteren aber sind stets notwendige Bestandteile seines „Handelsgeschäfts".[17]

3. Damit sind wir, wenn auch auf anderem Wege, auf die schon von Regelsberger[18] gegebene Definition des Handelsgeschäfts gekommen, der darunter „die mit einer bestimmten Räumlichkeit oder einem bestimmten Namen oder mit beiden verknüpfte

---

[15]) Auch das RG. hat wiederholt (Bolze Bd. 6 Nr. 169; RG. Bd. 37 S. 176, Bd. 63 S. 57, Bd. 68 S. 49 ff.), neuerdings besonders bei Entscheidung der Frage der Stempelpflichtigkeit (Preuß. Stempelsteuergesetz v. 31. 7. 1895; RG. Bd. 70 S. 20 u. 220), die Möglichkeit eines Veräußerungs-, Verpachtungs- und Verpfändungsgeschäftes über die „geschäftliche Organisation, selbständig und losgelöst von den sachlichen Unterlagen" (Bd. 70 S. 223) bejaht. Auch hat es sich in der zuletztgenannten Entscheidung dahin ausgesprochen, daß der Verkehr gewöhnt sei, „ein Unternehmen als die Zusammenfassung einer Reihe von mehr oder weniger gesicherten Möglichkeiten, die sich kraft der vom Unternehmer getroffenen Einrichtungen und Maßnahmen für eine geschäftlichen Nutzen abwerfende Tätigkeit eröffnen, wegen dieser Einrichtungen und des durch sie gewährleisteten, von der Person des Unternehmers unabhängigen dauernden Vorteils zu den Gütern zu rechnen, die einen Geldwert darstellen und darum des Umsatzes fähig sind".

[16]) vgl. Pisko S. 12 u. 23 („Einführung in den Betrieb").

[17]) vgl. Pisko S. 15: „Beim Versuche, einen systematisch brauchbaren Begriff des Unternehmens zu gewinnen, muß vor allem von dem zufälligen, aber nicht wesentlichen Momente, daß im Betriebe des Unternehmens eine Reihe von Sachgütern verwendet und eine Anzahl von Rechten ausgeübt wird, abgesehen werden".

[18]) S. 12. Diese Definition ist auch im Wortlaut in der vorerwähnten Entscheidung des Reichsoberhandelsgerichts (ROHG. Bd. 2 S. 51) enthalten.

Gelegenheit zum Betriebe eines Handelsgewerbes" versteht. Im wesentlichen stimmen wir außerdem mit Binder,[19]) Pisko[20]) und Fein[21]) überein.

Außerdem deckt sich unsere Definition mit Stegemanns engerem Begriff.[22]) Dessen Vorwurf, diese Begriffsbestimmung sei zu eng, scheint mir nicht gerechtfertigt. Gewiß wird ein Handelsgeschäft regelmäßig zusammen mit Aktiven sowie mit sämtlichen oder einem Teil der Geschäftspassiven übertragen werden. Dann bezieht sich eben der Verpflichtungsvertrag auf alles dies. Er enthält also event. einen Kauf, eine Cession, einen Vertrag zugunsten Dritter u. a., stets aber auch einen gleichfalls nach Kaufgrundsätzen zu behandelnden[23]) Verpflichtungsvertrag zur Überlassung des „Geschäfts" (der Chancen). Die Übertragung aber muß getrennt vorgenommen werden. Sie geschieht, soweit möglich, durch Verfügungsgeschäfte, bezüglich des „Geschäfts" (der Chancen) aber durch Überlassung. Auch für eine Geschäftsübertragung mit Aktiven und Passiven ist also unser Begriff des Handelsgeschäfts zu verwenden.

§ 6.

2. Begriff des Einzelkaufmanns.

Die Bezeichnung „Einzelkaufmann" war dem allgemeinen deutschen Handelsgesetzbuch fremd. Man versteht darunter einen Kaufmann, der sein Geschäft allein oder nur mit einem stillen Gesellschafter betreibt. Dies ergibt der Wortlaut des § 18 Abs. 1 HGB. Aus derselben Gesetzesstelle geht aber auch hervor, daß nur eine physische, nicht auch eine juristische Person in Frage kommen kann, denn anderenfalls wäre das Erfordernis der Aufnahme des

---

[19]) S. 32.

[20]) S. 19: „Das Unternehmen im objektiven Sinne bildet eine den Erfolg einer Erwerbstätigkeit sichernde oder fördernde Organisation der Produktionsmittel oder gesicherte Absatzgelegenheit, die der Gewerbetreibende entweder durch eigne Arbeit oder durch Überlassung an einen Dritten zum Zwecke der Förderung seiner gleichartigen Erwerbstätigkeit verwerten kann".

[21]) S. 7.

[22]) S. oben § 4 S. 12.

[23]) RG. Bd. 63 S. 57.

Familien- und mindestens eines ausgeschriebenen Vornamens in die Firma unerklärlich.[1])

Dieser Einzelkaufmann kann Vollkaufmann oder Minderkaufmann sein. Hierin unterscheidet sich der Fall des teilweisen Inhaberwechsels von dem des vollständigen Inhaberwechsels (§ 25 HGB.). Dort muß der Veräußerer Vollkaufmannseigenschaft haben, da ja für die Frage der Schuldenhaftung die Fortführung der Firma entscheidend ist, eine solche aber nur Vollkaufleute haben können (§ 4 HGB.).[2]) Im Falle des § 28 HGB. spielt dagegen die Frage der Firmenfortführung keine Rolle.[3]) Die Worte: „so haftet die Gesellschaft, auch wenn sie die frühere Firma nicht fortführt" lassen keinen Schluß dahin zu, daß vor dem Eintritt des Gesellschafters bereits eine Firma geführt worden sein muß. Im Gegenteil, gerade daraus geht hervor, daß das Gesetz hier die Schuldenhaftung nicht an die Fortführung der Firma, sondern an die Fortführung des „Geschäfts" knüpfen will.[4]) Es kann also der bisherige Einzelkaufmann auch Minderkaufmann sein.[5])

Dagegen muß *nach* der Umwandlung ein Vollhandelsgewerbe vorliegen, wobei es einerlei ist, ob diese Eigenschaft des Gewerbes auf §§ 1, 2 oder 3 Abs. 2 HGB. beruht.[6]) Denn anderenfalls könnte von einem „persönlich haftenden Gesellschafter" und einem „Kommanditisten" keine Rede sein, da es unter Minderkaufleuten keine offene Handelsgesellschaft und Kommanditgesellschaft geben kann (§ 4 HGB.). Geht das Geschäft auch nach der Umwandlung nicht über den Umfang des Kleingewerbes hinaus oder bleibt es auch nachher ein handwerksmäßiger Betrieb, so liegt eine Gesellschaft des bürgerlichen Rechts vor und finden die Bestimmungen des § 28 HGB. keine Anwendung.

---

[1]) Düringer-Hachenburg S. 222; Goldmann S. 138 und 77.

[2]) Düringer-Hachenburg S. 248; Lehmann, Lehrb. S. 81 Anm. 8; RG. Bd. 55 S. 85; Staub 8. Aufl. Anm. 6 zu § 25; a. M. Goldmann S. 102; Staub 6. u. 7. Aufl. Anm. 6 u. 7 zu § 25.

[3]) vgl. unten § 14.

[4]) Makower S. 133.

[5]) Düringer-Hachenburg S. 275; Goldmann S. 137/38; Staub Anm. 3 zu § 28; a. M. Wolff S. 256 Anm. 27.

[6]) Staub a. a. O.

Trotzdem müssen zum Schutze des redlichen Verkehrs auch hier Ausnahmen zugelassen werden, wie sie § 5 HGB. vorsieht. Zwei derartige Fälle kommen in Frage. Entweder der Einzelkaufmann ist bereits zu Unrecht mit seiner Firma im Handelsregister eingetragen gewesen, und auch durch die Umwandlung ist das Geschäft kein Vollhandelsgewerbe geworden, oder aber der Einzelkaufmann, der nicht Vollkaufmann ist, ist zwar vor der Umwandlung nicht eingetragen gewesen, die entstandene Gesellschaft ist jedoch eingetragen worden, obgleich der Betrieb auch jetzt noch nicht der eines Vollkaufmanns ist. In beiden Fällen wird man den Dritten nach § 5 HGB. schützen, die Wirkungen des § 28 HGB., der ja das Außenverhältnis regeln will, also insoweit als eingetreten ansehen müssen.[7])

§ 7.

3. Das bestehende Handelsgeschäft.

1. Gleich § 25 HGB., der den vollständigen Inhaberwechsel behandelt, setzt auch § 28 HGB. voraus, daß das in Frage kommende Handelsgeschäft bereits und noch besteht.[1]) Bestehen kann aber ein Handelsgeschäft nur, wenn es wirklich betrieben wird, oder der Betrieb doch nur auf kurze Zeit, z. B. nach einem Todesfalle, ruht. Die bloße Tatsache, daß eine Firma eingetragen ist, genügt hierfür nicht. Wird das Geschäft, für das die Firma eingetragen ist, in Wirklichkeit gar nicht betrieben, so ist die Firma zu Unrecht eingetragen und muß gelöscht werden.[2])

Die Vorschriften des § 22 wie auch des § 28 HGB. finden daher keine Anwendung, wenn der Einzelkaufmann das Geschäft gar nicht „betrieben", wenn er vielmehr nur einen Komplex von Gegenständen, die ein Geschäft darzustellen vermögen, angeschafft hat, der Betrieb aber erst nach dem Erwerbe des Geschäfts bezw. dem Abschlusse des Gesellschaftsvertrages begonnen worden ist.[3]) Ebenso

---

[7]) Düringer-Hachenburg S. 276; Goldmann S. 138; Staub a. a. O.

[1]) Düringer-Hachenburg Anm. 2 zu § 28 (S. 275), Anm. 2c zu § 22 (S. 233).

[2]) vgl. die bekannte Entsch. d. ROHG. Bd. 6 S. 247 (Fall Faber).

[3]) RG. Bd. 9 S. 2. Hier handelt es sich um die Frage der Rechtmäßigkeit

wenig aber liegt ein bestehendes Handelsgeschäft vor, wenn der Veräußerer bezw. der Einzelkaufmann das von ihm betriebene Geschäft in Wahrheit aufgibt und nur ein Quantum Waren, das er sein Geschäft nennt, veräußert bezw. in die Gesellschaft einbringt.[4]) Dasselbe gilt, wenn ein bisher unselbständiger Zweig des Handelsgeschäfts des Einzelkaufmanns abgetrennt und erst durch Hinzutritt des Gesellschafters zu einem selbständigen „Handelsgeschäft" wird.[5]) In allen diesen Fällen handelt es sich vielmehr um Neugründung einer offenen Handelsgesellschaft.

2. Andererseits „besteht" das Geschäft aber auch noch, wenn es sich im Liquidationsstadium befindet.[6]) Es ist auch praktisch sehr wohl denkbar, daß ein Kaufmann, der wegen mangelnder Rentabilität des Geschäfts in Liquidation getreten ist, noch vor Beendigung derselben die Gelegenheit, durch Aufnahme eines kapitalkräftigen Assoziés dem Geschäft neue Betriebsmittel zuzuführen und die Rentabilität desselben dadurch wiederherzustellen, ergreift, die Liquidation daher unterbricht und den ordnungsmäßigen Geschäftsbetrieb, von jetzt ab aber im Namen und auf Rechnung der Gesellschaft, wiederherstellt. Hier würde in Ansehung der noch nicht abgewickelten Geschäftsverbindlichkeiten und der noch nicht eingezogenen Geschäftsforderungen § 28 HGB. Anwendung finden.

Ebensowenig muß die Konkurseröffnung unter allen Umständen zur Betriebseinstellung führen.[7]) In vielen Fällen wird vielmehr das Geschäft durch den Verwalter weiterbetrieben (§§ 129, 132 KO.); denn das ist erforderlich, um das Geschäft mit der

---

der Firmenübertragung. Für unsere Untersuchungen erscheint dieser Fall weniger praktisch, da Geschäftsverbindlichkeiten und -forderungen hier wohl kaum vorkommen dürften; immerhin aber kann die Frage entstehen, wer die Etablierungskosten zu tragen hat (vgl. Fein S. 17).

[4]) RG. Bd. 9 S. 2, Bd. 1 S. 260, Bd. 3 S. 120; vgl. Düringer-Hachenburg S. 233; Goldmann S. 89.

[5]) vgl. für den Fall der Veräußerung RG. Bd. 64 S. 129.

[6]) Goldmann S. 90; Lehmann-Ring S. 84; Staub Anm. 5 zu § 22 und RG. Bd. 9 S. 106.

[7]) Goldmann a. a. O.; Lehmann-Ring a. a. O.; Staub a. a. O.; Jaeger Anm. 29 zu § 6; RG. Bd. 13 S. 151.

Firma veräußern zu können. Ein im Konkurs befindliches Geschäft kann also sehr wohl noch „bestehen". Wenn das Reichsgericht hier im Falle der Veräußerung die Bestimmungen des § 25 HGB. für nicht anwendbar erklärt hat, so beruht dies auf ganz anderen, im Wesen des Konkurses begründeten Erwägungen.[8]) Der Eintritt eines Gesellschafters in ein solches Geschäft ist also an sich denkbar. Ob er aber praktisch vorkommen wird, erscheint zum mindesten zweifelhaft. Wahrscheinlicher ist, daß das im Konkurs befindliche Geschäft mit Firma an eine im Innenverhältnis schon bestehende Gesellschaft, der möglicherweise auch der Gemeinschuldner angehört, veräußert wird. Dieser Fall wird aber durch § 28 HGB. nicht geregelt.[9])

3. Die Beibehaltung der Firma, wenn eine solche geführt wurde, ist, wie schon erwähnt, anders als im Falle der Veräußerung, ohne Einfluß auf den Eintritt der Wirkungen des § 28 HGB.[10]) Auch ist eine Änderung derselben selbst, wenn sie nur den Namen des nunmehrigen Kommanditisten enthält, nicht erforderlich (§ 24 HGB.). Fraglich erscheint nur, ob, angenommen der bisherige Einzelkaufmann hätte seine Firma trotz Aufhören des Geschäftsbetriebs nicht löschen lassen und betriebe nun mit dem Eingetretenen die in Wahrheit neu gegründete offene Handelsgesellschaft unter dieser Firma, dem gutgläubigen Dritten die Bestimmungen des § 5 HGB. zu statten kommen können. M. E. kann dies nicht der Fall sein, da § 5 nur Anwendung findet, wenn an sich zwar ein Gewerbe betrieben wird, dieses aber kein Vollhandelsgewerbe ist;[11]) hier aber hat ja gerade der Betrieb des bisherigen Geschäfts aufgehört und existiert nur noch die (zu Unrecht nicht gelöschte) Firma.

---

[8]) vgl. RG. Bd. 58 S. 167 ff. Auch RG. in DJZ. 1902 S. 500, 89 sagt nur, daß in diesem Falle das Vorliegen der Voraussetzungen des § 25 HGB. (ein bestehendes Handelsgeschäft) verneint werden kann.

[9]) s. unten § 8.

[10]) s. oben § 6, unten § 14.

[11]) vgl. Staub, Exk. zu § 5 Anm. 3.

II. Der Eintritt eines Gesellschafters.

§ 8.

1. Was ist unter Eintritt zu verstehen?

Zweite Voraussetzung der Anwendbarkeit des § 28 HGB. ist, daß in dieses bestehende Handelsgeschäft eines Einzelkaufmanns ein Gesellschafter, sei es als persönlich haftender Gesellschafter, sei es als Kommanditist, eintritt.

Fragen wir: was ist unter Eintritt zu verstehen?, so finden wir zunächst, daß es sich hier um einen Unterfall des allgemeineren Begriffs „Übernahme eines Handelsgeschäfts" handelt. Es liegt ein teilweiser Wechsel der Inhaberschaft vor; bisher war Inhaber der Einzelkaufmann, jetzt wird Inhaber die Gesellschaft, ohne daß aber der Einzelkaufmann aufhört, Inhaber zu sein; der Eintretende wird nur Teilhaber der entstehenden Gesellschaft. Liegt dagegen kein Eintritt des Gesellschafters in das Geschäft des Einzelkaufmanns vor, sondern eine Veräußerung des Geschäfts an eine mindestens im Innenverhältnis schon vorhandene Gesellschaft, so findet, selbst wenn der bisherige Einzelkaufmann gleichzeitig Gesellschafter ist, nicht § 28, sondern § 25 HGB. Anwendung.[1])

Wir wir in der Einleitung gesehen haben, zeigt jedes handelsgewerbliche Unternehmen eine bestimmte rechtliche Ausprägung, die Unternehmungsform. Diese wird sich in erster Linie nach dem Träger des Unternehmens richten.[2]) Hier war bisher Träger des Unternehmens der Einzelkaufmann, jetzt wird es die Gesellschaft. Die teilweise Übernahme des Geschäfts bedeutet also nicht eine Auflösung des bisherigen Geschäfts und die Errichtung eines neuen in Form einer Gesellschaft, wie es unter der Herrschaft des allgemeinen deutschen Handelsgesetzbuchs erforderlich gewesen wäre, sondern eine Umwandlung der Unternehmungsform desselben Geschäfts aus einem Einzelbetrieb in einen Gesellschaftsbetrieb.

Hierin liegt ein wichtiges und begriffsnotwendiges Moment, ohne das weder eine vollständige Übernahme nach § 25, noch eine teilweise nach § 28 HGB. denkbar ist: die Fortsetzung (Konti-

[1]) Makower S. 133; Lehmann, Z. f. HR. Bd. 50 S. 34.

[2]) Lehmann, Z. f. HR. Bd. 50 S. 5.

nuität) des Betriebs.[3]) Liegt diese nicht vor, so ist das Geschäft nicht „übernommen" bezw. teilweise übernommen, sondern das alte aufgelöst und ein neues errichtet. In erster Linie setzt die Kontinuität des Betriebes voraus, daß überhaupt ein Geschäft „betrieben" wird. Insoweit kann daher auf die Ausführungen über das „Bestehen" des Geschäfts verwiesen werden (oben § 7). Dieses selbe Geschäft muß aber auch nach der Umwandlung noch weiter betrieben werden. Wann das im einzelnen der Fall ist, ist Tatfrage. Jedenfalls muß der Charakter des bisherigen Handelsgewerbes gewahrt bleiben, was andererseits nicht ausschließt, daß einzelne Bestandteile des Geschäfts, z. B. die Führung einzelner bestimmter Artikel, ausgenommen werden.[4]) Ebenso dürfen quantitative Veränderungen, Erweiterungen und Verringerungen, kurz alles, was wir als wirtschaftliche Änderungen des Unternehmens ansehen können,[5]) unbedenklich so weit erfolgen, als dadurch nicht der Grundcharakter des Geschäfts geändert wird.[6]) Bei einer wesentlichen, ja völligen Veränderung des Gegenstands des Unternehmens wird man diese Kontinuität des Betriebs nur dann als gewahrt ansehen können, wenn sie ganz allmählich erfolgt.[7])

§ 9.

2. Mögliche Fälle des Eintritts.

Es sind drei Fälle des Eintritts eines Gesellschafters in das Geschäft eines Einzelkaufmanns denkbar: A tritt in das Geschäft des B ein

1. als offener Gesellschafter,

---

[3]) Bolze Bd. 6 Nr. 169; RG. Bd. 46 S. 152; RG. in JW. 1902 186, 25; Düringer-Hachenburg S. 233; Goldmann S. 188, 94; Lehmann-Ring S. 101; Staub Anm. 10 zu § 22.

[4]) Düringer-Hachenburg a. a. O.

[5]) s. Einleitung S. 1.

[6]) RG. in JW. a. a. O.; RG. a. a. O.; Düringer-Hachenburg a. a. O.; Staub a. a. O.; Lehmann-Ring S. 85.

[7]) So Staub Anm. 10 zu § 22; RG. Bd. 46 S. 152 und wohl auch Cosack § 16 I, 1, 4 (S. 63); a. M. Goldmann S. 94; Düringer-Hachenburg a. a. O.; Lehmann-Ring a. a. O., die in solchem Falle die Kontinuität überhaupt verneinen.

2. als Kommanditist,
3. als persönlich haftender Gesellschafter, während B Kommanditist wird.[1])

Außerdem kommt der Fall in Frage, daß A und B gegenseitig in ihre Handelsgeschäfte eintreten, beide als offene Handelsgesellschafter oder der eine als Kommanditist. Hier werden aber die Bestimmungen des § 28 HGB. nicht immer Anwendung finden können.[2]) Vereinigen nämlich die beiden Einzelkaufleute ihre Geschäfte derart, daß eine vollständige Verschmelzung zu einem neuen eintritt, wofür die Annahme einer neuen Firma ein wenn auch nicht entscheidendes Kennzeichen sein kann, so liegt die Neugründung einer offenen Handelsgesellschaft vor und schlägt nicht § 28, sondern §§ 105 ff. HGB. ein. Findet dagegen die Aufnahme des einen Geschäfts in das andere statt in der Weise, daß die oben erwähnte Kontinuität des Geschäftsbetriebs des einen, nicht aber auch die des anderen Geschäfts gewahrt ist, wofür wieder die Fortführung der einen und, falls auch das andere Geschäft eine Firma hatte, die Löschung der anderen Firma ein Merkmal sein kann, dann liegt bezüglich des aufnehmenden, nicht auch des aufgenommenen Geschäfts der Fall des § 28 HGB. vor. Dies kann besonders in dem unter 2 genannten Falle vorkommen, wenn der Eintretende sein Geschäft als Kommanditeinlage einbringt.[3]) Werden dagegen tatsächlich beide Geschäfte fortgeführt, was allerdings nur so denkbar ist, daß beide als selbständige Niederlassungen von der Gesellschaft betrieben werden, dann kommt § 28 hinsichtlich beider zur Anwendung. Der besondere Fall Staubs ist also entweder nichts anderes als einer der unter 1—3 genannten Fälle, oder er kommt als Beispiel zu § 28 HGB. überhaupt nicht in Frage.

---

[1]) Auch dieser Fall ist nach § 28 HGB. zu beurteilen. Vgl. Goldmann S. 138; Düringer-Hachenburg S. 276; Lehmann-Ring S. 201; Staub Anm. 1 zu § 28.

[2]) Goldmann a. a. O.; Düringer-Hachenburg a. a. O.; Lehmann-Ring a. a. O.; a. M. Staub a. a. O.; Cohn bei Gruchot Bd. 42 S. 67.

[3]) Düringer-Hachenburg S. 276.

§ 10.

3. Wer kann eintreten?

Da es sich in § 28 HGB. nur um das Außenverhältnis der entstehenden Handelsgesellschaft handelt, die vorliegende Arbeit aber auch nur dessen Darstellung gewidmet sein soll, gehört die ausführliche Erörterung der das interne Verhältnis betreffenden Frage, wer in das Geschäft eines Einzelkaufmanns eintreten kann, nicht hierher. Es sei daher hierzu nur folgendes bemerkt:

Erste Voraussetzung für die Fähigkeit einzutreten muß notwendigerweise die Fähigkeit sein, Mitglied einer offenen Handelsgesellschaft bezw. einer Kommanditgesellschaft zu werden, da ja eine solche entstehen soll. Hierüber ist im Gesetz nichts gesagt, in Theorie und Praxis vieles bestritten. Da nun die Mitgliedschaft bei einer offenen Handelsgesellschaft Kaufmannseigenschaft verleiht, muß der Betreffende diesfalls in erster Linie fähig sein, diese zu erwerben. Das kann aber jeder, der berechtigt ist, ein Handelsgewerbe zu betreiben.[1]) Dazu ist nun, da das Handelsgesetzbuch hierfür kein subjektives Erfordernis aufgestellt hat, weiter nichts nötig als Rechtsfähigkeit im Sinne des Bürgerlichen Gesetzbuchs.[2]) Rechtsfähig aber sind alle physischen und juristischen Personen des bürgerlichen und Handelsrechts, sowie die kraft öffentlichen Rechts mit juristischer Persönlichkeit ausgestatteten staatlichen, kommunalen und kirchlichen Anstalten und Körperschaften. Hierzu kommen die offenen Handelsgesellschaften und Kommanditgesellschaften.

Der so gefundene Satz, Mitglied einer offenen Handelsgesellschaft werden und damit in das Geschäft eines Einzelkaufmanns eintreten kann jede physische und juristische Person, muß aber notwendig gewisse Einschränkungen erleiden, die begründet sind im Wesen entweder des Eintretenden oder der entstehenden Gesellschaft.

Bezüglich aller physischen Einzelpersonen herrscht über die unbeschränkte Zulässigkeit der Teilhaberschaft kein Streit, dagegen

---

[1]) § 1 HGB. Richtiger müßte man sagen: in dessen Namen ein Handelsgewerbe betrieben werden kann, da es auf eine persönliche Tätigkeit des Geschäftsinhabers wie überhaupt des Gewerbetreibenden nicht ankommt (RG. Bd. 13 S. 146).

[2]) Staub Anm. 4 zu § 1.

wird die Möglichkeit der Beteiligung juristischer Personen, insbesondere für Aktiengesellschaften mit Rücksicht auf die dadurch herbeigeführte Vertretung durch andere als die verfassungsmäßigen Organe vielfach in Abrede gestellt.[3]) Zutreffend dürfte die von Lehmann-Ring[4]) vertretene Ansicht sein, daß die Beteiligung einer Aktiengesellschaft jedenfalls dann stets ausgeschlossen ist, wenn dem Mitgesellschafter Vertretungsmacht eingeräumt ist. Zum mindesten aber werden bei einer solchen Gesellschaft meist Satzungsänderungen erforderlich sein, da die Beteiligung an einer fremden Gesellschaft in der Regel eine Änderung des als Einzelbetrieb gedachten „Gegenstands des Unternehmens" bedeuten wird.[5])

Bezüglich der offenen Handelsgesellschaft und der Kommanditgesellschaft wird die Frage, ob sie Teilhaber einer offenen Handelsgesellschaft sein können, verschiedentlich bejaht,[6]) es spricht aber m. E. die Tatsache dagegen, daß die offene Handelsgesellschaft nicht unter fremdem Namen im Rechtsverkehr auftreten kann, ferner, daß sich im Falle einer Änderung in der Person eines der Mitglieder der umschlossenen Gesellschaft Unstimmigkeiten des Handelsregisters bezüglich der umschließenden Gesellschaft ergeben würden.[7]) Noch weitere in der bloß relativen Selbständigkeit[8]) der offenen

---

[3]) Über die umfangreiche Literatur vgl. Eltzbacher, „Die offene Handelsgesellschaft und Aktiengesellschaft als Teilhaberinnen einer offenen Handelsgesellschaft" in Z. f. HR. Bd. 58 S. 41, der sich betreffend die Möglichkeit der Teilhaberschaft der Aktiengesellschaft, wie z. B. auch Makower (S. 275), Cosack (§ 106,5) für die Möglichkeit ausspricht; a. M. z. B. Hergenhahn-Tuchatsch S. 15; Staub Anm. 22 zu § 105; das RG. schließt grundsätzlich die Mitgliedschaft juristischer Personen nicht aus (RG. Bd. 36 S. 139).

[4]) S. 222.

[5]) Makower a. a. O.

[6]) Die Literatur auch hierüber ist groß; vgl. Eltzbacher a. a. O., der die Möglichkeit für die offene Handelsgesellschaft bejaht; so auch Behrend S. 463 Anm. 8 (verneinend für die Kommanditgesellschaft); Makower S. 276; a. M. RG. Bd. 36 S. 140; OLG. Dresden in Wenglers Arch. f. zivilr. Entsch. 1883 S. 619ff.; Staub Anm. 22 zu § 105; Lehmann-Ring S. 222.

[7]) Beschluß des Kammergerichts v. 16. 2. 1891 (Johow u. Küntzel, Jahrb. d. Entsch. d. KG. in Sachen der nicht streitigen Gerichtsbarkeit Bd. 11 Nr. 7 S. 17), zit. bei Hergenhahn-Tuchatsch S. 15.

[8]) Dernburg, Bürgerl. R. Bd. II, 2 S. 559 Anm. 6.

Handelsgesellschaft beruhenden Gründe sprechen gegen eine derartige Beteiligung.[9])

Dieselben Erwägungen dürften aber für die Beantwortung der Frage der Beteiligung einer Kommanditgesellschaft auf Aktien, Gesellschaft mit beschränkter Haftung, und eingetragenen Genossenschaft ausschlaggebend sein. Bei diesen kommt aber noch dazu, daß hier nicht eine offene Handelsgesellschaft, sondern eine Gesellschaft mit beschränkter Haftung einzelner Gesellschafter entstehen würde.[10])

§ 11.

4. Wann ist der Eintritt vollendet?

Der als Wirkung des Eintritt des Gesellschafters kraft Gesetzes stattfindende Übergang der Geschäftsschulden und Geschäftsforderungen kann, da es sich in § 28 HGB. um eine Regelung des Außenverhältnisses handelt, erst dann erfolgen, wenn der Eintritt nach außen hin als vollendet anzusehen ist. Da dieser Eintritt nun die Umwandlung des bisherigen Einzelgeschäfts in eine offene Handelsgesellschaft bedeutet, muß er Dritten gegenüber in dem Augenblick als vollendet angesehen werden, in dem die Gesellschaft im Verhältnis zu diesen wirksam wird. Nach § 123 HGB. ist hierfür maßgebend der Zeitpunkt, in dem die Gesellschaft in das Handelsregister eingetragen wird. Nur wenn sie ihre Geschäfte schon vor der Eintragung beginnt, tritt die Wirksamkeit bereits im Augenblick des Geschäftsbeginns ein, soweit sich nicht aus § 2 HGB. ein anderes ergibt (§ 123 Abs. 2 HGB.). Diese Bestimmung wird also für die Beantwortung der Frage, wann der Eintritt als erfolgt und damit auch seine Wirkungen als eingetreten gelten müssen, maßgebend sein.[1])

Davon, daß ein Geschäftsbeginn der Gesellschaft, und nicht mehr eine bloß vorläufige Weiterführung des Geschäfts des Einzelkaufmanns vorliegt, kann aber natürlich erst dann die

[9]) vgl. Näheres bei Lehmann-Ring a. a. O.; Hergenhahn-Tuchatsch S. 15 f.; Fein S. 27.

[10]) Hergenhahn-Tuchatsch S. 16; Behrend S. 463 Anm. 8.

[1]) vgl. hierzu ROHG. Bd. 17 S. 355; HGB. §§ 161 Abs. 2, 176 Abs. 1; Makower S. 133; Staub Anm. 2 zu § 28.

Rede sein, wenn beide nunmehrigen Inhaber den Willen haben, daß das Geschäft jetzt auch nach außen hin als ihr gemeinsames im Geschäftsverkehr auftritt.[2]) Dagegen ist nicht erforderlich, daß bereits Rechtsgeschäfte abgeschlossen werden, es genügen vielmehr auch sonstige Dritten gegenüber vorgenommene Rechtshandlungen, welche als Geschäfte der Gesellschaft zu betrachten sind, wie z. B. die Versendung von Preislisten, Proben usw.[3])

Das gilt aber zunächst nur, wenn der Einzelkaufmann ein Handelsgewerbe nach § 1 HGB. betrieben hatte. War dagegen Gegenstand des Betriebs ein Unternehmen nach § 2 HGB., so muß man unterscheiden, ob die Firma schon eingetragen war oder nicht. War die Eintragung vor der Umwandlung noch nicht erfolgt, obgleich das Geschäft nach Art und Umfang einen in kaufmännischer Weise eingerichteten Geschäftsbetrieb erforderte, dann lag zu dieser Zeit, da ja die Eintragung hier konstitutive Wirkung hat, auch noch kein Handelsgeschäft vor. Der Gesellschafter ist also nicht in ein solches eingetreten, § 28 findet überhaupt keine Anwendung. Wenn das Geschäft dagegen eingetragen war, dann gilt bezüglich der Wirksamkeit des Eintritts dasselbe, wie wenn es sich um ein Unternehmen im Sinne des § 1 HGB. handelte. Denn dann ist das Geschäft durch die einmal erfolgte Eintragung zum Handelsgewerbe geworden und bleibt es auch, ohne Rücksicht auf einen etwaigen Inhaberwechsel.[4]) Das muß auch gelten, wenn an Stelle der bisherigen Firma des Einzelkaufmanns eine neue Firma für die Gesellschaft treten soll. Nur das darf nicht geschehen, daß der bisherige Einzelkaufmann die alte Firma löschen läßt und den Gesellschafter erst dann, wenn er das Geschäft auch nur einen Tag allein weiterbetrieben hat, aufnimmt. Denn dann hat das Geschäft durch die Löschung der Eintragung den Charakter des Handelsgeschäfts vor der Um-

---

[2]) ROHG. Bd. 7 S. 431, Bd. 12 S. 410, Bd. 15 S. 428; Bolze Bd. 3 Nr. 795; RG. in JW. 1898, 290, 44.

[3]) Staub Anm. 15 zu § 123; Lehmann-Ring S. 258; Bolze a. a. O.; a. M. Makower S. 318.

[4]) Staub Anm. 11 zu § 2; Lehmann-Ring S. 257, 32; Makower a. a. O.

wandlung wieder verloren,[5]) der Gesellschafter ist also auch hier nicht in ein Handelsgeschäft eingetreten; § 28 HGB. kommt nicht in Frage.

Endlich ist, wie oben ausgeführt wurde,[6]) denkbar, daß der Einzelkaufmann bisher Minderkaufmann war und erst durch Hinzutritt des Gesellschafters sein Geschäft aus dem Rahmen des Kleingewerbes herausgehoben und zum Vollhandelsgewerbe wird. Dieser Fall ist m. E. genau so zu behandeln wie der zuerst erwähnte, in dem von vornherein ein Vollhandelsgewerbe vorliegt. Denn Minderkaufleute sind ja an sich bereits Kaufleute kraft des Gegenstandes des Gewerbes (§ 1 HGB.), deren Gewerbebetrieb nur nach Art und Umfang eine kaufmännische Organisation nicht erfordert.[7]) Sobald nun in deren Geschäft der Gesellschafter eingetreten, d. h. hier der interne Gesellschaftsvertrag zustande gekommen und mit Wissen und Willen beider Gesellschafter der Geschäftsbeginn der Gesellschaft erfolgt ist, dann muß das Geschäft bereits in diesem Augenblicke den Umfang erreicht haben, der es zum Vollhandelsgewerbe und damit fähig macht, offene Handelsgesellschaft zu werden. Damit steht aber auch dem nichts mehr entgegen, daß die Gesellschaft jetzt sofort und ohne Eintragung als solche in Wirksamkeit tritt (§ 123 Abs. 2 HGB.). Erweitert sich das Geschäft erst später als im Augenblicke des Eintritts des Gesellschafters zu einem Vollhandelsgewerbe, dann kann eben nicht die Rede davon sein, daß diese Veränderung durch den Hinzutritt des Gesellschafters herbeigeführt worden ist.

---

[5]) Staub Anm. 17 zu § 2; Düringer-Hachenburg S. 134 f.; Cosack § 8 VI; a. M. Lehmann-Ring S. 15.

[6]) vgl. oben § 6.

[7]) Staub Anm. 1 zu § 4.

Zweites Kapitel.

Die Wirkungen.

I.

§ 12.

Der Rechtszustand vor dem Inkrafttreten des Handelsgesetzbuchs v. 10. 5. 1897.

1. Wie schon in der Einleitung erwähnt wurde, war der Gedanke der Umwandlung der Unternehmungsform eines Handelsgeschäfts der deutschen Gesetzgebung vor dem Handelsgesetzbuch v. 10. 5. 1897 fremd. Auch in das neue Handelsgesetzbuch hat er nur in einigen wenigen Bestimmungen Eingang gefunden, insbesondere in den §§ 162 Abs. 3 (Umwandlung einer offenen Handelsgesellschaft in eine Kommanditgesellschaft und umgekehrt), 304, 320 Abs. 3 (Verstaatlichung bezw. Kommunalisierung einer Aktiengesellschaft oder Kommanditgesellschaft auf Aktien), 332—334 (Umwandlung einer Kommanditgesellschaft auf Aktien in eine Aktiengesellschaft), dann aber vor allem in § 28. Vor 1900 war die Umwandlung daher nur möglich im Wege der Auflösung des Geschäfts in seiner bisherigen Form und der Neuerrichtung in der Form, in die man es umzuwandeln wünschte (Einleitung S. 2). Das mußte auch für den Fall des Eintritts eines Gesellschafters in das Geschäft eines Einzelkaufmanns gelten. Hier erfolgte demnach eine vollständige Aufhebung des Handelsgewerbes des Einzelkaufmanns und die Begründung einer neuen offenen Handelsgesellschaft. Auf diese wurden die Aktiva des Einzelgeschäfts, insbesondere auch die Forderungen nach den allgemeinen Regeln des bürgerlichen und des Handelsrechts übertragen.[1])

[1]) vgl. Lehmann, Z. f. HR. Bd. 50 S. 13.

Andererseits wurde aber von jeher in Literatur und Praxis richtig erkannt, daß der Eintritt in das Geschäft des Einzelkaufmanns gleichzeitig eine teilweise Übernahme des Geschäfts bedeutet.[2]) Was man als geltendes Recht für die Frage der Schuldenhaftung und des Forderungsübergangs bei vollständigem Inhaberwechsel (Art. 22 ADHGB.) ansah, wurde daher analog auf diesen Fall des teilweisen Inhaberwechsels angewendet.[3]) Nun fehlte es aber vor dem Handelsgesetzbuch v. 10. 5. 1897 an einer gesetzlichen Regelung auch dieser Frage vollständig. Es konnte sich zwar infolgedessen durch Handelsgewohnheitsrecht und die Rechtsprechung der höheren Gerichte eine gewisse stehende Rechtspraxis herausbilden, doch geschah auch dies nur ganz allmählich, da die einzelnen höheren Gerichte untereinander zu widersprechenden Resultaten kamen und eine Einigung, solange man nicht ein gemeinsames Obergericht hatte, nicht zu erzielen war. Auch nach dem Zustandekommen des allgemeinen deutschen Handelsgesetzbuchs und dessen Einführung in den Einzelstaaten (1861—1865) blieb dieser Zustand zunächst noch bestehen, denn das allgemeine deutsche Handelsgesetzbuch sah von einer Regelung der Streitfrage ab und enttäuschte damit die Hoffnungen, die man in dieser Hinsicht gehegt hatte. Es bestimmte nur in Art. 23:

> „Die Veräußerung einer Firma als solcher, abgesondert von dem Handelsgeschäft, für welches sie bisher geführt wurde, ist nicht zulässig";

und in Art. 113:

> „Wer in eine bestehende Handelsgesellschaft eintritt, haftet gleich den anderen Gesellschaftern für alle von der Gesellschaft vor seinem Eintritte eingegangenen Verbindlichkeiten, es mag die Firma eine Änderung erleiden oder nicht.
>
> Ein entgegenstehender Vertrag ist gegen Dritte ohne rechtliche Wirkung".

In der Nürnberger Kommission war zwar mehrfach[4]) angeregt worden, die Streitfrage durch eine gesetzliche Bestimmung

---

[2]) s. z. B. Regelsberger S. 3; Mommsen S. 202.
[3]) Lehmann a. a. O.; Gierke S. 478 Anm. 2.
[4]) Lutz S. 41, 42, 280, 1108, 1431—1435, 1439—1441.

zu entscheiden, die Meinungen waren aber so geteilt, daß man mit 13 gegen 4 Stimmen davon abzusehen beschloß, „da keiner der vorgeschlagenen Rechtssätze[5]) Anspruch auf Anerkennung als allgemein zutreffende Regel habe".[6]) Als dann die Errichtung des Bundesoberhandelsgerichts (5..8. 1870), späteren Reichsoberhandelsgerichts (2. 9. 1871), an dessen Stelle nach dem Inkrafttreten der Reichsjustizgesetze am 1. 10. 1879 das Reichsgericht trat, erfolgt war, wurde allerdings die Rechtsunsicherheit im wesentlichen allmählich beseitigt, denn diese Gerichte entschieden die Frage in den an sie gelangenden Fällen in ständig gleichbleibender Spruchpraxis in einem mit der späteren gesetzlichen Regelung allerdings nicht völlig übereinstimmenden Sinne.

2. Die Stellung der Theorie und Praxis zu der Frage der Haftung des Geschäftsübernehmers für die zur Zeit der Übernahme vorhandenen Geschäftsverbindlichkeiten sowie des Übergangs der Geschäftsforderungen auf diesen wurde naturgemäß in erster Linie bestimmt durch die verschiedenen Theorien, die man über die Natur des Handelsgeschäfts aufgestellt hatte. So mußte für die, welche in dem Handelsgeschäft eine selbständige, sei es juristische, sei es kaufmännische Persönlichkeit oder ein Zweckvermögen sahen, kraft Rechtsnotwendigkeit zusammen mit der Übertragung des Geschäfts ein Übergang der Geschäftsverbindlichkeiten und Geschäftsforderungen stattfinden. Diese Folgerung ziehen auch Hassenpflug[7]) und der mit dessen Abhandlung „in den Ergebnissen ganz übereinstimmende" Tabor,[8]) ebenso wie Mommsen,[9]) von Völderndorff[10]) und Bekker.[11]) In gleichem Sinne entschieden u. a. das kurhessische Oberappellationsgericht in Kassel (1824),[12]) das Stadtgericht in Frankfurt a. M. (1866),[13]) das

---

[5]) Es waren zwei Anträge eingegangen (Lutz S. 1439/40 Anl. A u. B).
[6]) Lutz S. 1431 ff.
[7]) S. 66.
[8]) S. 67.
[9]) S. 214.
[10]) S. 194.
[11]) S. 553.
[12]) Zit. bei Hassenpflug S. 66; Regelsberger S. 4.
[13]) Zit. in Buschs Arch. Bd. 9 S. 465 und bei Regelsberger S. 6.

Handelsappellationsgericht in Nürnberg (1867)[14]) und vor allem das preußische Obertribunal in Berlin.[15]) Bei folgerichtiger Durchführung dieser Theorien könnte sich der Firmenerwerber nicht einmal durch ausdrückliche Vereinbarungen mit dem Veräußerer der Haftung entziehen. Solche Verabredung würde vielmehr ein internum bleiben. Diese Konsequenz wird aber ausdrücklich nur von Mommsen[16]) und von Völderndorff[17]) gezogen.

Allein Endemann steht auf einem seiner Auffassung von der Natur des Handelsgeschäfts eigentlich widersprechenden Standpunkt, indem er die Ansicht vertritt, eine Schuldenhaftung des Unternehmers trete prinzipiell nicht ein, es sei denn, daß das Gegenteil von den Parteien nachweisbar gewollt sei.[18]) Dieser Widerspruch findet aber seine Erklärung darin, daß die Ausführungen Endemanns über die Rechtssubjektivität des Geschäfts in erster Linie de lege ferenda aufzufassen sind.[19]) Seine Stellung zu der Frage, ob und unter welchen Umständen ein Übergang der Aktiva und Passiva des Geschäfts bei der Veräußerung stattfindet, gründet sich auf die später noch darzustellende Rechtsprechung des Reichsoberhandelsgerichts, dessen Entscheidungen er in größerer Zahl anzieht. Ausdrücklich bemerkt er aber,[20]) daß die Sache anders liegen würde, wenn das Geschäft als solches der Schuldner, wenn also seine de lege ferenda aufgestellte Theorie bereits in der Praxis anerkannt wäre.

3. Im Gegensatz zu diesen den Übergang der Forderungen und die Haftung für die Schulden aus der Natur des Handelsgeschäfts herleitenden Theorien wollten andere dieselbe direkt aus dem Gesetz, und zwar aus den bereits angeführten Art. 113 u. 23 ADHGB. begründen.

---

[14]) s. oben § 3 Anm. 13.

[15]) vgl. die Entsch. v. 25. 10. 1846 (Z. f. HR. Bd. 11 S. 546 Nr. 80), 1. 11. 1866 (Seuffert Bd. 21 Nr. 143), 2. 7. 1868 (Striethorst, Arch. f. Rechtsfälle d. Kgl. Obertribunals Bd. 70 S. 353, zit. in RDHG. Bd. 2 S. 47).

[16]) S. 216.

[17]) S. 195.

[18]) Handelsrecht S. 73ff.

[19]) vgl. Handelsrecht S. 70ff.

[20]) a. a. O. S. 74 Anm. 24.

So will Busch[21]) Art. 113 analog auf den Fall des Eintritts in das Geschäft eines Einzelkaufmanns angewendet wissen. Dagegen spricht aber, abgesehen von der Stellung des Art. 113 im Gesetz, der ablehnende Standpunkt, den die Nürnberger Kommission zu einer solchen Ausdehnung einnahm,[22]) sowie die Tatsache, daß die Bestimmung des Art. 113 auf der in gewissen Grenzen vorhandenen rechtlichen Selbständigkeit des Vermögens der offenen Handelsgesellschaft beruht, die dem Vermögen des Einzelkaufmanns abgeht. In diesem Sinne hat sich auch das Reichsoberhandelsgericht wiederholt ausgesprochen.[23])[24])

Thöl[25]) stützt sich auf Art. 22 u. 23, indem er durch eine eigenartige, aber scharfsinnige Beweisführung darzulegen sucht, daß Art. 23 nicht so aufzufassen sei, daß die Veräußerung des Handelsgeschäfts die Voraussetzung für die Veräußerung der Firma, sondern daß sie die Folge derselben sei, daß „Handelsgeschäft" aber nur die unter Gebrauch der bisherigen Firma begründeten Forderungen und Schulden und „weiter nichts von dem, was man unter Handelsgeschäft noch verstehen könne", bedeute. Diese müßten daher, wenn das „Handelsgeschäft" veräußert würde, auf den Erwerber übergehen.

Endlich sei noch der Schrift Delbrücks über „Die Übernahme fremder Schulden nach gemeinem und preußischem Recht" (Berlin 1853)[26]) gedacht, in der die Haftung dessen, der das Recht erlangt, eine schon früher bestehende Firma zu zeichnen, für die Schulden, mit denen die Firma schon vorher belastet war, auf einen festen Handelsgebrauch zurückgeführt wird.

---

[21]) In seinem Archiv Bd. 1 S. 25 ff. (1863).

[22]) Lutz S. 279 ff.

[23]) vgl. insbesondere ROHG. Bd. 1 S. 62 ff., Bd. 2 S. 175, Bd. 8 S. 38 ff.

[24]) Daß übrigens auch Endemann dem Gedanken einer solchen Ausdehnung des Art. 113 nicht unsympathisch gegenübersteht, scheint mir aus seinen Ausführungen im Handelsrecht S. 71, insbesondere aber S. 73 Anm. 119 und S. 190 Anm. 14 hervorzugehen.

[25]) In seiner Praxis des Handels- und Wechselrechts S. 4 ff.; vgl. auch sein Handelsrecht 5. Aufl., Leipzig 1875, § 50 V, 5 (S. 166), wo aber auf vorstehende Abhandlung nur Bezug genommen wird.

[26]) S. 39, 93.

In gleichem Sinne wie die Vorstehenden sprechen sich verschiedene andere Schriftsteller und Gerichtshöfe aus.[27])

4. Andererseits war aber auch die Zahl derer nicht gering, die auf einem abweichenden Standpunkt standen. Von dem bereits erwähnten Endemann abgesehen, kämen unter den Schriftstellern insbesondere der ungenannte Praktiker in Elvers' Themis und Regelsberger in Frage. Beide wenden sich, wie schon erwähnt wurde, gegen die in § 3 unserer Abhandlung geschilderten Theorien über die rechtliche Natur des Handelsgeschäfts und damit auch gegen die daran geknüpften Konstruktionen einer Haftung des Geschäftserwerbers. Regelsberger insbesondere stellt den Grundsatz auf, daß die Fortführung des Geschäfts unter der bisherigen Firma ohne jede Bedeutung für den Übergang der Forderungen und Schulden sei, diese vielmehr nur kraft besonderen hierauf gerichteten Willensaktes,[28]) also nur insoweit, als er „nachweisbar von den Parteien übereinstimmend gewollt" sei, eintreten könne.[29]) Dieser Nachweis sei aber in Ansehung der Schulden insbesondere dann vorhanden, wenn der Erwerber die Übernahme den Gläubigern gegenüber selbst erklärt habe, was regelmäßig durch Zirkular erfolge, wozu aber auch die Eintragung ins Handelsregister genüge.[30])

Den Ausführungen Regelsbergers folgte Behrend in seinem Lehrbuche,[31]) während er vorher in einem in der Zeitschrift für Rechtspflege und Gesetzgebung in Preußen[32]) erschienenen Artikel die entgegengesetzte Ansicht vertreten hatte. Außer ihm standen noch eine ganze Anzahl weiterer Schriftsteller und auch Gerichtshöfe auf dem gleichen ablehnenden Standpunkt.[33])

5. Wir sehen also, daß in Theorie und Praxis die Meinungsverschiedenheit groß war. Während nun die Nürnberger Kommission aus diesem Grunde vorzog, von einer Entscheidung des

---

[27]) vgl. die Zusammenstellung bei Regelsberger S. 4ff.
[28]) S. 27.
[29]) S. 2.
[30]) S. 30f.
[31]) S. 218/19.
[32]) Bd. 4 S. 429ff.
[33]) vgl. bei Regelsberger S. 6 u. 7.

Streites durch Schaffung einer entsprechenden Bestimmung im allgemeinen deutschen Handelsgesetzbuch abzusehen, mußte das neu errichtete Reichsoberhandelsgericht wohl oder übel zu der bestrittenen Frage Stellung nehmen. Dies tat es auch in zahlreichen Entscheidungen und schloß sich dabei der zuletzt dargelegten Ansicht an. Es verneinte also prinzipiell den Schuldübergang, wenn nicht eine Schuldenübernahme in interno erfolgt war. Selbst wenn diese vorlag, forderte es aber als Voraussetzung für das direkte Klagrecht des Gläubigers außerdem noch einen besonderen Verpflichtungsgrund, „einen nach Handelsgebrauch selbständig wirksamen, von der Akzeptation der Geschäftsgläubiger unabhängigen obligatorischen Dispositivakt des Unternehmers".[34]) Als solchen erkannte es insbesondere die handelsübliche Bekanntmachung durch Zusendung entsprechender Formulare, Anschläge an der Börse, Zeitungsannonce usw. an. Auf die Fortführung der Firma legt es dagegen kein Gewicht.

Das Reichsgericht setzte im allgemeinen die Spruchpraxis des Reichsoberhandelsgerichts in dieser Frage fort. Es machte also ebenfalls die Übernahme der Schulden von einer besonderen Vereinbarung des Erwerbers und des Veräußerers abhängig und ließ ein direktes Klagrecht der Gläubiger nur im Falle der Kundmachung dieser Vereinbarung durch den Übernehmer zu. Dabei ging es aber insofern weiter als das Reichsoberhandelsgericht, als es diese Kundmachung schon in der Tatsache der Fortführung der Firma erblickte, ohne aber — was ausdrücklich betont werden soll — auch dann auf das Erfordernis der internen Vereinbarung zu verzichten. Es begründete seine Ansicht über den Einfluß der Firmenfortführung damit, daß die Haftung in diesem Falle der Handelssitte, dem praktischen Bedürfnisse sowie den Grundsätzen von Treu und Glauben im Handelsverkehr entspräche.[35])

6. Das Handelsgesetzbuch v. 10. 5. 1897 verwertete die so gewonnenen Grundsätze, geht aber noch einen Schritt weiter in der Entwicklung, indem es in seinem § 25 für den Fall der voll-

---

[34]) ROHG. Bd. 1 S. 68, vgl. weiter Bd. 2 S. 47, 143, Bd. 3 S. 182, Bd. 8 S. 383, Bd. 12 S. 159, Bd. 16 S. 271.

[35]) RG. Bd. 2 S. 49, Bd. 17 S. 98, Bd. 38 S. 175.

ständigen Übernahme eines Handelsgeschäfts die Haftung des Übernehmers und den Übergang der Forderungen den Schuldnern gegenüber ohne Rücksicht auf die interne Vereinbarung zwischen Veräußerer und Erwerber allein aus der Tatsache der Firmenfortführung folgert. Eine abweichende Vereinbarung ist nur im Wege der Eintragung in das Handelsregister in Verbindung mit darauffolgender Bekanntmachung oder aber im Wege der ausdrücklichen Mitteilung an den Dritten wirksam.

Der Fall der nur teilweisen Übernahme des Geschäfts wurde dagegen in § 28 insofern in anderer Weise geregelt, als hier die Fortführung der Firma keine Rolle spielt, ja, wie schon ausgeführt wurde, ein Firmengeschäft überhaupt nicht vorzuliegen braucht.[36]) Der Darstellung dieser Bestimmungen des geltenden Rechts sollen die folgenden Ausführungen gewidmet sein.

II. Das geltende Recht.

1. Die Haftung für die Geschäftsverbindlichkeiten.

§ 13.

a) Begriff der Geschäftsverbindlichkeiten.

Wenn die im ersten Kapitel geschilderten Voraussetzungen vorliegen, soll nach § 28 Abs. 1 HGB. die Gesellschaft, auch wenn sie die frühere Firma nicht fortführt, für die Geschäftsverbindlichkeiten des bisherigen Inhabers haften.

Das Gesetz gibt selbst eine Definition des Begriffs der Geschäftsverbindlichkeiten. Es sind alle „die im Betriebe des Geschäfts entstandenen" (§ 28) oder „begründeten" (§ 25) „Verbindlichkeiten". Das Gegenteil zu den Geschäftsverbindlichkeiten bilden daher die Privatverbindlichkeiten[1]) des Kaufmanns. Es fragt sich nun, was zu den Geschäftsverbindlichkeiten zu zählen ist.

Die herrschende Meinung definiert sie in der Regel im Anschluß an eine Entscheidung des Reichsgerichts als „alle diejenigen Verpflichtungen, welche mit dem Geschäftsbetriebe in einer solch engen inneren Verbindung stehen, daß sie als Folge dieses Ge-

---

[36]) vgl. oben §§ 6 u. 7.

[1]) RGHG. Bd. 8 S. 41.

schäftsbetriebes erscheinen".[2]) Das ursächliche Moment ist also das Entscheidende. Es wird daher nicht nötig sein, wie Cohn[3]) es tut, außerdem das Vorliegen eines zeitlichen Moments zu verlangen und danach einen Unterschied zu machen zwischen Geschäftsschulden und im Betriebe eines Handelsgeschäfts entstandenen Verbindlichkeiten.[4]) Keinesfalls sind die Geschäftsverbindlichkeiten identisch mit Verbindlichkeiten aus Handelsgeschäften;[5]) denn einerseits kann eine Verbindlichkeit aus einem Nichthandelsgeschäft Geschäftsverbindlichkeit sein, z. B. alle Verbindlichkeiten aus Delikten, wie andererseits nicht jede Verbindlichkeit des Kaufmanns aus einem Handelsgeschäft eine Geschäftsverbindlichkeit sein muß. Vielfach wird die Eintragung in die Geschäftsbücher ein wenn auch nicht ausschlaggebender Fingerzeig sein können.[6]) Trotzdem wird aber die Grenze häufig schwer zu ziehen sein.

Einen wichtigen Anhaltspunkt bilden die Rechtsvermutungen des § 344 HGB. Dieser bestimmt, daß im Zweifel die von einem Kaufmanne vorgenommenen Rechtsgeschäfte als zum Betriebe seines Handelsgewerbes gehörig angesehen werden (Abs. 1), die von ihm gezeichneten Schuldscheine aber, sofern nicht der Inhalt des Schuldscheins widerspricht, stets als in diesem Betriebe gezeichnet gelten (Abs. 2). Es wird also in Abs. 1 eine praesumtio juris aufgestellt, im Abs. 2 aber eine Fiktion. Daß auch der Abs. 2 im Falle des § 28 Anwendung finden muß, unterliegt keinem Zweifel, wenn dies auch unter Umständen zu großen Härten, nämlich zu einer Haftung der Gesellschaft für eine Verbindlichkeit, die tatsächlich Privatverbindlichkeit ist,[7]) führen kann. Es folgt das daraus, daß § 28 das Außenverhältnis der entstehenden Gesellschaft regeln will. Der Gesellschafter, der auf Grund seines Eintritts in Anspruch genommen werden soll, wird also zu beweisen haben, daß das betreffende Rechtsgeschäft nicht zum Betriebe des Handelsgeschäfts gehört, aus den Schuldscheinen des bisherigen

---

[2]) RG. Bd. 15 S. 54, Bd. 58 S. 23.
[3]) S. 53.
[4]) Gl. A. Wolff S. 260; Fein S. 9.
[5]) Lehmann-Ring S. 90; Staub Anm. 29 zu § 22.
[6]) ROHG. Bd. 8 S. 42; Düringer-Hachenburg S. 245; Staub a. a. O.
[7]) Ritter S. 45; Wolff S. 256.

Geschäftsinhabers wird er aber im Zweifel stets haften, einerlei ob diese von dem Einzelkaufmann mit seiner Firma oder seinem von der Firma verschiedenen Namen gezeichnet sind.[8]) Im Innenverhältnis dagegen wird die Fiktion des § 344 Abs. 2 nicht in Kraft treten.

Geschäftsverbindlichkeiten können, abgesehen von den gewöhnlichen Schulden, aus Kauf-, Miet-, Werk- usw. Verträgen, z. B. auch entstehen auf Grund einer Vereinbarung, durch die der Geschäftsinhaber sich zur Änderung der Firma verpflichtet,[9]) aus dem Versprechen desselben, einen Angestellten lebenslänglich zu versorgen,[10]) aus Geschäftsführung ohne Auftrag, aus einer Verpflichtung zur Rechnungslegung.[11]) Bestritten ist, inwieweit die aus Anlaß der Begründung oder des Erwerbes des Geschäfts eingegangenen Verbindlichkeiten hierher zu rechnen sind. Staub[12]) bejaht dies ebenso allgemein, wie Cosack[13]) und Cohn[14]) es verneinen, weil diese Schulden nicht im Betriebe des Geschäfts entstanden seien. Lehmann-Ring[15]) stellen auf den Einzelfall ab. Sie bejahen es bezüglich der Kaufgelderschuld des bisherigen Inhabers, der das Geschäft auch seinerseits erst von einem Dritten erworben hatte und weiter veräußert.[16]) Makower[17]) bejaht es nur für den Fall, daß in dem Geschäftserwerb bereits ein Beginn des betreffenden Geschäftsbetriebes zu erblicken sei. Doch meint er an anderer Stelle,[18]) daß in dem Ankauf eines Geschäfts, um es demnächst zu betreiben, noch kein Beginn dieses Geschäftsbetriebes liege, ein solcher Ankauf aber zu einem schon vorher begonnenen anderen Gewerbe gehören kann. M. E. ist die Frage

---

[8]) RG. Bd. 59 S. 216; Düringer-Hachenburg S. 250; Wolff S. 256; Staub Anm. 11 zu § 25.

[9]) RG. Bd. 58 S. 23.

[10]) RG. Bd. 2 S. 52.

[11]) Bolze Bd. 6 Nr. 420; Staub Anm. 29 zu § 22.

[12]) Staub a. a. O.

[13]) § 14 III, 1.

[14]) S. 53.

[15]) S. 90.

[16]) Dagegen ROHG. Bd. 8 S. 42, Bd. 11 S. 152.

[17]) S. 124.

[18]) S. 4.

stets zu verneinen, soweit es sich um Verbindlichkeiten handelt, die von dem bisherigen Geschäftsinhaber zur Errichtung des bis dahin noch nicht bestehenden Geschäfts eingegangen worden sind, z. B. um Aufnahme von Hypotheken auf das Geschäftsgrundstück Denn diese sind nicht im Betriebe des Geschäfts entstanden; sie stehen mit dem Betriebe — der doch noch gar nicht begonnen hat, sondern dessen Beginn erst ermöglicht werden soll — in keiner solch engen Verbindung, daß sie als eine Folge des Geschäftsbetriebes erscheinen. Anders liegen die Verhältnisse, wenn der bisherige Geschäftsinhaber das Geschäft seinerseits erst von einem Dritten erworben hat. Hier hat der Betrieb des Geschäfts gar nicht aufgehört; denn seine Kontinuität ist ja, wie dies auch für den Fall des § 25 allgemein anerkannt wird,[19]) Voraussetzung für den Übergang des Geschäfts. Die gerichtlichen und notariellen Kosten der Übertragung, vor allem aber die Kaufgelderschuld des Erwerbers, sind daher offenbar im Betriebe des Geschäfts entstanden; sie erscheinen als Folge des Geschäftsbetriebes, denn sie sind eingegangen nicht um überhaupt den Betrieb zu ermöglichen, sondern um den schon vorhandenen und nicht unterbrochenen Betrieb weiterzuführen.

Aber nicht nur Verbindlichkeiten aus Rechtsgeschäften, sondern auch solche aus ungerechtfertigter Bereicherung und unerlaubten Handlungen können Geschäftsverbindlichkeiten sein, soweit die erwähnten Voraussetzungen vorliegen.[20]) Es fallen z. B. auch Verbindlichkeiten darunter, die auf Autorrechts-, Musterschutz- und Patentverletzungen, Ansprüchen auf Unterlassung oder Schadensersatz nach dem Gesetze gegen den unlauteren Wettbewerb, auf Übertretungen nach der Gewerbeordnung beruhen, ferner Schadensersatzforderungen aller Art, auch solche auf Grund des Haftpflichtgesetzes[21]) und Ansprüche eines Konkurrenten wegen Übertretung

---

[19]) vgl. Düringer-Hachenburg S. 233; Goldmann S. 89; Lehmann-Ring S. 83; oben § 7.

[20]) Goldmann S. 105; Lehmann-Ring S. 90; Düringer-Hachenburg S. 249; Staub Anm. 29 zu § 22; RG. Bd. 15 S. 54; RG. in JW. 1883, 228, 27.

[21]) RG. Bd. 15 S. 54.

eines bestehenden Konkurrenzverbotes.[22]) Selbst Verbindlichkeiten zu Leistungen rein persönlicher Art gehören hierher, anstelle der Leistungspflicht wird dann unter Umständen Schadensersatzpflicht treten.[23])

Nicht hierher zu zählen sind dagegen alle Privatverbindlichkeiten des Kaufmanns, z. B. für Miete seiner Privatwohnung, Ausgaben für seine häusliche Wirtschaft, Verpflichtungen aus vormundschaftlicher Verwaltung usw. Nicht hierher gehören aber ferner die Verbindlichkeiten, die nicht im Betriebe des konkreten, sondern eines anderen, gleichzeitig oder früher von dem Kaufmann geführten Handelsgeschäftes entstanden sind.[24]) Hier ist daher der klagende Gläubiger beweispflichtig dafür, daß die Schuld wirklich in dem betreffenden Geschäft entstanden ist. Die Vermutung des § 344 HGB. allein reicht in diesem Falle nicht aus.

§ 14.

b) Rechtsgrund der Haftung.

Während vor dem Inkrafttreten des Handelsgesetzbuches v. 10. 5. 1897 zur Begründung der Haftung sowohl des Übernehmers eines Handelsgeschäftes (jetzt § 25 HGB.) als auch des in ein Einzelgeschäft eintretenden Gesellschafters (jetzt § 28 HGB.), soweit man diese nicht schon aus der Natur des Handelsgeschäfts folgerte, nach der durch die Praxis des Reichsgerichts zuletzt herrschend gewordenen Auffassung die Übernahme der Geschäftsverbindlichkeiten im Innenverhältnis und außerdem ein besonderer Verpflichtungsgrund nötig war (vgl. oben § 12), ist beides nach dem geltenden Recht nicht mehr erforderlich. Der Übernehmer bezw. die entstehende Gesellschaft haften vielmehr heutzutage auch dann, wenn zwischen Erwerber und Veräußerer, zwischen Einzelkaufmann und Gesellschafter nichts, ja selbst wenn ausdrücklich das Gegenteil vereinbart worden ist,[1]) und diese Haftung tritt

---

[22]) Conradin S. 5.

[23]) Lehmann-Ring S. 93.

[24]) Düringer-Hachenburg S. 20; Makower S. 124; RG. in Leipz. Z. 1907 S. 822.

[1]) Staub Anm. 6 zu § 28; Goldmann S. 104; Düringer-Hachenburg S. 249; OLG. Bamberg in OLG. Bd. 16, 84.

ohne ihr Zutun allein auf Grund der im Gesetz angegebenen Voraussetzungen ein. Es erübrigt sich daher, für das geltende Recht eine Untersuchung darüber anzustellen, ob als Grund der Haftung ein Vertrag zugunsten Dritter, ein Schuldübernahmevertrag,[2]) eine Bürgschaft oder ein sonstiges Rechtsgeschäft in Frage kommen. Die Haftung nach § 28 HGB. tritt ipso iure ein, zwar nicht gegen — denn ein Ausschluß ist, vorausgesetzt daß er den Erfordernissen des Abs. 2 entspricht, möglich — wohl aber unter Umständen ohne den Willen des Eintretenden.[3])

Hierin geht § 28 weiter als § 25, indem nach § 25 im Falle der Veräußerung des Geschäfts die Haftung des Erwerbers nur dann eintritt, wenn dieser die Firma mit oder ohne Beifügung eines das Nachfolgeverhältnis andeutenden Zusatzes fortführt. Der leitende Gedanke in § 25 ist dabei der in der Denkschrift[4]) mit folgenden Worten ausgedrückte gewesen:

> „Im Verkehr wird vielfach die Firma, ohne Rücksicht auf die Person des Inhabers, als Eigentümerin des Handelsvermögens, als Trägerin der durch den Handelsbetrieb begründeten Rechte und Pflichten angesehen. Diese Anschauung ist allerdings rechtlich nicht zutreffend, nichtsdestoweniger scheint es gerechtfertigt, der Verkehrsauffassung, nach welcher der jeweilige Inhaber der Firma als der Verpflichtete und Berechtigte angesehen wird, in Bezug auf die Frage des Übergangs der Geschäftsschulden und Geschäftsforderungen entgegenzukommen. Denn der Erwerber eines Geschäfts, der die Firma, wenngleich nur mit einem Zusatze, fortführt, erklärt dadurch seine Absicht, in die Geschäftsbeziehungen des früheren Geschäftsinhabers soweit als möglich einzutreten".

Anders ist dies im Falle der Umwandlung des Geschäfts eines Einzelkaufmanns in eine offene Handelsgesellschaft, denn hier wird, „wenn der frühere Geschäftsinhaber selbst das Geschäft

---

[2]) So die Konstruktionen der bisherigen Praxis (Hellwig, Verträge S. 409).

[3]) Reichel S. 102.

[4]) S. 36.

als Teilhaber weiterbetreibt, selbst bei Annahme einer neuen Firma die Absicht der Parteien kaum jemals auf eine Trennung der alten und der neuen Geschäftsschulden und Forderungen mit Wirkung nach außen gerichtet sein. Eine solche Scheidung würde stets zu Schwierigkeiten und Verwicklungen führen. Das Naturgemäße ist, daß die Gesellschaft im Betriebe des Geschäfts die alten Schulden berichtigt und die früher entstandenen Forderungen einzieht. Die Gläubiger des bisherigen Einzelkaufmanns dürfen voraussetzen, daß sie sich an das Gesellschaftsvermögen halten können. Dazu kommt, daß die Annahme einer neuen Firma hier an sich weniger geeignet ist, die Beteiligten auf einen Wechsel des Trägers der Verbindlichkeiten hinzuweisen; denn als neue Firma muß schon der Name des bisherigen Inhabers mit einem das Gesellschaftsverhältnis andeutenden Zusatz gelten".[5]) Hier tritt daher die Haftung der Gesellschaft ein auch ohne Rücksicht darauf, ob sie die frühere Firma fortführt oder nicht.

Die Haftung des § 28 aus einem allgemeinen Rechtsgedanken abzuleiten, dürfte kaum gelingen, es sei denn, man betrachte sie als einen wenn auch vielleicht unbewußten Ausfluß des erwähnten Umwandlungsgedankens[6]) Hellwig[7]) führt sie auf den von ihm aufgestellten Grundsatz von der Lastung der Schuld auf dem Vermögen zurück, doch dürften sich bei der Durchführung dieser Theorie mit Rücksicht darauf, daß das Handelsgeschäft des Einzelkaufmanns rechtlich kein selbständiges Sondervermögen darstellt, ja daß es sich sogar ohne vermögensrechtliche Bestandteile denken läßt,[8]) Schwierigkeiten ergeben. § 28 HGB. stellt sich daher als eine aus praktischen Erwägungen, vielleicht auch einer Handelsgewohnheit entspringende, die materiellrechtliche Ergänzung zu § 24 bildende Sondervorschrift dar.

---

[5]) Denkschr. S. 40.

[6]) s. oben § 8. Vgl. Lehmann-Ring in Z. f. HR. Bd. 50 S. 1 ff.; Fein S. 38.

[7]) Verträge S. 399 ff.

[8]) s. oben § 5. Hellwig steht allerdings auf dem Standpunkt, daß das kaufmännische Vermögen auch des Einzelkaufmanns auch rechtlich ein Sondervermögen sei.

§ 15.

c) Die Art der Haftung.

Ein derartiger Übergang der Geschäftsverbindlichkeiten darf aber die Lage der Geschäftsgläubiger in keiner Weise ungünstiger gestalten, als sie vor der Umwandlung des Geschäfts war. Es kann daher kein vollständiger Wechsel des Schuldners in dem Sinne eintreten, daß der Gläubiger sich in Zukunft nicht mehr wie bisher an den Einzelkaufmann, sondern nur noch an die Gesellschaft halten dürfte. Denn dann würde der bisherige Einzelkaufmann als Gesamtschuldner neben dem Eingetretenen wie dieser nur noch nach Maßgabe seiner Stellung, die er in der Gesellschaft einnimmt (§§ 128, 171, 172 HGB.), haften. Hierin aber könnte unter Umständen ein großer Nachteil für die Gläubiger liegen. Mit anderen Worten: Es findet keine privative Schuldübernahme (BGB. §§ 414 ff.) durch die Gesellschaft statt. Eine solche wäre nur möglich hinsichtlich derjenigen Verbindlichkeiten, deren Gläubiger ihre Zustimmung dazu erteilt hätten (§ 414 BGB.). In § 28 wie in § 25 HGB. handelt es sich vielmehr um Fälle der sogen. kumulativen Schuldübernahme oder Schuldmitübernahme.[1]) Nicht aber liegt, wie Staub[2]) meint, eine bloße Haftungsübernahme vor.

Die Schuld der Gesellschaft tritt also neben die des bisherigen Einzelkaufmanns. Beide schulden die Leistung in der Weise, daß jeder die ganze Leistung zu bewirken verpflichtet, der Gläubiger die Leistung aber nur einmal zu fordern berechtigt ist. Es entsteht also ein Gesamtschuldverhältnis, das sich nach §§ 421 ff. BGB. regelt, und für das außerdem § 129 sowie event. § 171 HGB. maßgebend ist.[3]) Der bisherige Einzelkaufmann haftet einerseits weiter als ursprünglicher Schuldner, andererseits aber als neuer Verpflichteter kraft seiner Stellung als Mitglied der entstandenen Gesellschaft. Das ist aber vor allem dann wichtig, wenn er in der Gesellschaft nur die Stellung eines Kommanditisten bekleidet. Denn da ist seine Haftung, soweit er als bisheriger Geschäfts-

---

[1]) Reichel S. 101/103; OLG. Dresden in OLG. Bd. 13, 184.

[2]) 8. Aufl. Anm. 9 zu § 25; and. M. 6./7. Aufl. ebenda; Reichel S. 101.

[3]) Düringer-Hachenburg S. 277; Goldmann S. 139/140.

inhaber in Anspruch genommen werden kann, auch weiterhin unbeschränkt, während er als Gesellschafter nur bis zur Höhe seiner Kommanditeinlage haften würde.[4]) Wichtig ist dies ferner mit Rücksicht auf die ihm zustehenden Einwendungen (s. unten § 20). Bezüglich der nach Errichtung der Kommanditgesellschaft entstehenden Verbindlichkeiten haftet er natürlich nur beschränkt. Hieraus ergibt sich aber auch, daß zugunsten des bisherigen Einzelkaufmanns in Ansehung der bereits vorhandenen Geschäftsverbindlichkeiten die kurze Verjährung des § 26 HGB. nicht zur Anwendung kommen kann. Dies wird jetzt allgemein anerkannt, nachdem auch Düringer-Hachenburg neuerdings ihre abweichende Ansicht aufgegeben haben.[5]) Ebenso kommt ihm, wenn er später wieder aus der Gesellschaft ausscheidet, die kurze Verjährung des § 159 HGB. auch nur als früherem Gesellschafter, nicht aber als Urschuldner zugute.[6]) Er ist also zugleich schlechter gestellt als ein später in die bereits bestehende Gesellschaft eingetretener und dann gleichfalls wieder ausgeschiedener anderer Gesellschafter.

Die Schuldmitübernahme aber ist, wie wir gesehen haben, eine gesetzliche. Einer besonderen Annahme seitens der Gläubiger bedarf es nicht.[7]) Sie gleicht insofern, wenn sie auch in Ansehung der Möglichkeit der Ausschließung weniger streng ist, der des § 419 BGB.[8])

§ 16.

d) Der Umfang der Haftung.

Die Haftung der Gesellschaft und damit auch der Gesellschafter ist eine völlig unbeschränkte, wenn eine offene Handelsgesellschaft vorliegt. Ist das Geschäft dagegen in eine Kommandit-

---

[4]) Goldmann S. 139; Düringer-Hachenburg a. a. O.; Lehmann-Ring S. 101.

[5]) Düringer-Hachenburg a. a. O.; vgl. Staub Anm. 6a zu § 28; Lehmann-Ring S. 102; Goldmann S. 140; a. M. Düringer-Hachenburg 1. Aufl. S. 128.

[6]) Lehmann-Ring a. a. O.

[7]) Staub Anm. 9 zu § 25; RG. JW. 1899, 440, 25.

[8]) Reichel S. 102.

gesellschaft umgewandelt worden, so haftet der kommanditistisch Beteiligte, soweit er als Gesellschafter in Frage kommt, nur bis zur Höhe seiner Einlage (§§ 171, 172 HGB.). Die Haftung des Komplementärs wie auch der Gesellschaft als solcher aber ist ebenfalls unbeschränkt (§§ 128, 161 HGB.). Dabei ergreift die Haftung sowohl das Gesellschafts- als auch das Privatvermögen der Gesellschafter (§§ 128, 161 Abs. 2 HGB.), das des Kommanditisten jedoch nur insoweit, als die Kommanditeinlage noch nicht voll eingezahlt bezw. zurückgezahlt ist (§ 171 Abs. 1 Satz 2 HGB.).

Die Haftung erstreckt sich auf alle Geschäftsverbindlichkeiten (vgl. oben § 13), einerlei ob sie fällig, bedingt oder betagt sind, ob sie der Eintretende gekannt hat oder nicht, auch auf die aus nicht erfüllten zweiseitigen Verträgen entspringenden, ja sogar auf die, die der Einzelkaufmann dem Eintretenden ausdrücklich als nichtbestehend bezeichnet hat.[1])

Ein Ausschluß der Haftung hinsichtlich aller oder eines Teiles der Verbindlichkeiten ist nur nach Maßgabe der Bestimmungen des § 28 Abs. 2 HGB. wirksam. Hierüber soll ein späterer Abschnit (unten § 22) handeln.

e) Die Verwirklichung der Haftung.

§ 17.

a) Im allgemeinen. Die juristische Natur der Haftung bei der offenen Handelsgesellschaft.

1. Wie wir gesehen haben, entsteht durch den Eintritt des Gesellschafters in das Einzelgeschäft hinsichtlich der bis dahin begründeten Geschäftsverbindlichkeiten ein Gesamtschuldverhältnis derart, daß die Gesellschaft als Solidarschuldnerin neben den bisherigen Einzelkaufmann tritt. Die Geschäftsverbindlichkeit bleibt Schuld des Einzelkaufmanns und wird außerdem zur Gesellschaftsschuld. Denn als Gesellschaftsschulden kann man nicht nur die von der

[1]) Gareis-Fuchsberger S. 64; Staub Anm. 6 zu § 28; Goldmann S. 104; Lehmann-Ring S. 93; ROHG. Bd. 8 S. 385; RG. Bd. 17 S. 98; RG. in Recht 1907, 1473, 3699 und 1908, II, 713; RG. in Leipz. Z. 1908, 59.

Gesellschaft selbst in ihrem Betriebe begründeten, sondern muß als solche auch die von ihr übernommenen Schulden ansehen.[1])

Für dieses Gesamtschuldverhältnis müssen in erster Linie die §§ 422—424 BGB. maßgebend sein. Da das Gesamtschuldverhältnis aber auf einer kumulativen Schuldübernahme beruht und sich mithin, um mit Dernburg[2]) zu sprechen, als „eine Schuldübernahme, die ein Gesamtschuldverhältnis begründet", darstellt, müssen in Ermangelung einer ausdrücklichen Regelung der kumulativen Schuldübernahme im Bürgerlichen Gesetzbuch dessen Vorschriften über die privative Schuldübernahme insoweit eingreifen, als das Wesen der kumulativen Schuldübernahme nicht entgegensteht.[3]) Endlich werden die hiernach zur Anwendung kommenden Bestimmungen des Bürgerlichen Gesetzbuchs modifiziert werden durch die §§ 129, 161 Abs. 2, 171 HGB.

2. Wenn das Gesetz in § 124 Abs. 1 HGB. den Gesellschaftsgläubigern die Möglichkeit an die Hand gibt, wegen einer Gesellschaftsschuld die Gesellschaft unter ihrer Firma direkt zu verklagen, ja in § 124 Abs. 2 HGB. zur Zwangsvollstreckung in das Gesellschaftsvermögen einen gegen die Gesellschaft gerichteten vollstreckbaren Schuldtitel verlangt, so erkennt es damit keineswegs eine selbständige rechtliche Persönlichkeit der offenen Handelsgesellschaft an.[4]) Wenn es weiter in § 128 Abs. 1 HGB. bestimmt, daß die Gesellschafter für die Verbindlichkeiten der Gesellschaft als Gesamtschuldner persönlich haften so will es damit keineswegs sagen, daß ein Gesamtschuldverhältnis zwischen der Gesellschaft einerseits und den einzelnen Gesellschaftern andererseits vorliegt, oder daß die Gesellschafter etwa haften wie Bürgen für die Schuld eines Dritten. Vielmehr liegt stets nur ein einheitliches Schuldverhältnis vor. In beiden Fällen sind die Gesellschafter die Träger der Pflichten, wie andererseits auch sie stets nur die Berechtigten sind.[5]) Die Schulden der Gesellschaft sind auch Schulden der Gesellschafter.

---

[1]) Lehmann-Ring S. 262; Staub Anm. 34 zu § 124; a. M. Hellwig, Verträge S. 411 Anm. 852.

[2]) Bürgerl. R. Bd. II, 1 S. 355 Anm. 2.

[3]) Reichel S. IX, X.

[4]) RG. Bd. 56 S. 206 ff., Bd. 56 S. 432 ff.

[5]) Staub Anm. 1 zu § 128; Lehmann-Ring S. 275; a. M. Hellwig, Anspruch und Klagrecht S. 269.

Es greift nur eine doppelte Haftungsart Platz.[6]) Hier haften die Gesellschafter als Individuen, dort als durch den gemeinsamen wirtschaftlichen Zweck unter der gemeinsamen Firma nach dem deutschrechtlichen Prinzip der gesamten Hand vereinigte „Handelsgesellschaft". Der Unterschied aber liegt nicht in der Person des Haftenden, sondern in dem Objekt der Haftung. Hier ist es das Privatvermögen der Gesellschafter, dort das der gesamten Hand zustehende und in erster Linie den Zwecken der Gesellschaft gewidmete Gesellschaftsvermögen.[7])

Letzteres ist zugunsten der Gesellschaftsgläubiger den Zugriffen der Privatgläubiger entzogen (§ 124 Abs. 2 HGB.). Die Schulden der Gesellschafter sind nicht Schulden der Gesellschaft. Dagegen haftet das Privatvermögen der Gesellschafter den Gesellschaftsgläubigern akzessorisch neben dem Gesellschaftsvermögen, und zwar prinzipal, nicht subsidiär, so daß der Gesellschaftsgläubiger wegen einer Gesellschaftsschuld auch gleich die Gesellschafter persönlich verklagen kann, ohne sich entgegenhalten lassen zu müssen, er hätte erst die Gesellschaft verklagen müssen.[8]) Andererseits zeigt sich aber die Akzessorietät der Haftung darin, daß sie abhängig ist von dem Schicksal, das die Haftung mit dem Gesellschaftsvermögen erleidet (§ 129 HGB., s. unten § 19, 3, 4).

Die Haftung der Gesellschafter mit ihrem Privatvermögen neben der der Gesellschaft als solcher mit dem Gesellschaftsvermögen ist ein der offenen Handelsgesellschaft eigentümliches Merkmal, das unmittelbar aus ihrem Begriff folgt (§ 105 HGB.). Die offene Handelsgesellschaft unterscheidet sich dadurch von der Gesellschaft des bürgerlichen Rechts (§ 735 BGB.), dem nicht rechtsfähigen Verein (§ 54 BGB.), sowie von sämtlichen anderen Gesellschaften des Handelsrechts.[9]) Der Zweck der Vorschrift ist, zu verhindern, daß dem rechtlichen Vorzug, den die Gesellschaftsgläubiger gegenüber den Privatgläubigern in Ansehung des Gesellschaftsvermögens

---

[6]) Hergenhahn-Tuchatsch S. 198; Staub a. a. O.; Lehmann-Ring a. a. O.; a. M. Hellwig a. a. O. S. 279.

[7]) vgl. Gierke S. 435 ff.; RG. Bd. 56 S. 209.

[8]) ROHG. Bd. 7 S. 385 f., Bd. 17 S. 288; RG. Bd. 5 S. 53; Staub Anm. 5 zu § 128; Rudorff S. 78.

[9]) vgl. Rudorff a. a. O.; Hergenhahn-Tuchatsch S. 196.

genießen, ein Nachteil darin gegenübertritt, daß das Privatvermögen der Gesellschafter ihrem Zugriff entzogen ist. Die Gesellschaftsgläubiger erhalten daher das unentziehbare Recht, das ganze Vermögen der Sozii zum Exekutionsobjekt zu nehmen.[10]) Denn dem Umstande, daß weder eine öffentliche Konstatierung noch eine besondere Sicherung des Bestandes des Gesellschaftsvermögens vorlag, mußte mit dem Einsatz der ganzen vermögensrechtlichen Persönlichkeit des einzelnen Gesellschafters Rechnung getragen werden.[11]) Jeder Gläubiger wegen einer Gesellschaftsschuld hat also die Wahl, er kann sich nach Belieben an die Gesellschaft oder an die Gesellschafter halten.

3. Handelt es sich nun um eine der durch die Gesellschaft bei der Umwandlung aus einem Einzelgeschäft übernommene Geschäftsverbindlichkeiten des bisherigen Einzelkaufmanns, so stehen dem Geschäftsgläubiger zur Verwirklichung seines Rechts vier Wege offen:

1. er kann die Gesellschaft unter ihrer Firma verklagen und auf diesem Wege eine Zwangsvollstreckung in das Gesellschaftsvermögen durchsetzen (§§ 124 Abs. 2 u. 129 Abs. 4 HGB.);
2. er kann den bisherigen Einzelkaufmann als Urschuldner in Anspruch nehmen. Damit kann er aber nur einen Zugriff auf dessen Privatvermögen, nicht auch auf das Vermögen der Gesellschaft erlangen;
3. er kann sich endlich auch an den bisherigen Einzelkaufmann und
4. an den Neueingetretenen, beide in ihrer Eigenschaft als Gesellschafter, halten (§ 128 HGB.). Der auf diesem Wege erlangte Schuldtitel wirkt aber auch nur gegen das Privatvermögen des betreffenden Gesellschafters. Die Zwangsvollstreckung in das Gesellschaftsvermögen ist ausgeschlossen, selbst wenn beide Gesellschafter verklagt und rechtskräftig verurteilt worden sind (§ 129 Abs. 4 HGB.).[12])

---

[10]) Lehmann-Ring S. 275.

[11]) Gierke S. 460; Fein S. 43.

[12]) Staub Anm. 22, 29 zu § 124; Lehmann-Ring S. 262; Hellwig a. a. O. S. 270.

Welchen dieser vier Wege der Gläubiger wählt, wird sich danach richten, was er als Objekt der Zwangsvollstreckung ins Auge faßt, ob das Privat- oder das Gesellschaftsvermögen, oder beide auf einmal, und auf welchem Wege er unter Berücksichtigung der ihm möglicherweise drohenden Einwendungen am sichersten zum Ziele zu gelangen hofft. Häufig wird es sich auch empfehlen, die verschiedenen Möglichkeiten zu kombinieren, indem er auch auf Grund der Solidarhaftung entweder die Gesellschaft und den Einzelkaufmann als Urschuldner, oder die Gesellschaft und einen oder beide Gesellschafter, oder endlich beide Gesellschafter ohne die Gesellschaft verklagt.[13]) Er kann aber auch einen Teil der Forderung auf diesen und einen anderen Teil auf jenem Wege einklagen, er kann, nachdem er die Firma als solche belangt hat, hiervon wieder abgehen und die Gesellschafter einzeln verklagen usw. Nur wenn er mit der Klage gegen die Gesellschaft rechtskräftig abgewiesen ist, kann er gegen den eingetretenen Gesellschafter nicht mehr vorgehen (s. unten § 19, 4). Dagegen kann er den Einzelkaufmann als Urschuldner auch dann noch verklagen (§ 425 Abs. 2 BGB.).

Im folgenden soll nun die materiellrechtliche und prozessuale Stellung der wegen einer solchen Geschäftsverbindlichkeit in Anspruch genommenen Gesellschaft, des eingetretenen Gesellschafters und des bisherigen Einzelkaufmanns im einzelnen erörtert werden.

§ 18.

β) Die Haftung der Gesellschaft.

1. Will der Gläubiger sich wegen einer Geschäftsverbindlichkeit des bisherigen Einzelkaufmanns an das Geschäftsvermögen halten, so muß er die Gesellschaft als solche unter ihrer Firma verklagen. Diese ist kraft Gesetzes (§§ 124, 161 Abs. 2 HGB.) „formell parteifähig".[1]) Dagegen ist sie nicht auch prozeßfähig. Sie wird daher im Prozesse vertreten durch ihre vertretungsberechtigten Gesellschafter, im Falle der Gesamtvertretung durch diese gemeinschaftlich (§ 125 HGB.). Die Bezeichnung der Ver-

---

[13]) Hellwig a. a. O. S. 276; Staub Anm. 5 zu § 128.

[1]) Wach S. 522 ff.

treter in der Klage ist nicht erforderlich, doch ist ihnen zuzustellen. Im Falle der Gesamtvertretung aber genügt die Zustellung an einen von ihnen (§ 125 Abs. 2 Satz 3 HGB.; § 171 ZPO.). Die Klage ist anzubringen bei dem sachlich zuständigen Gericht, in dessen Bezirk die Gesellschaft ihren Sitz hat (§ 17 ZPO.). Das ist aber der Ort, wo ihre Firma eingetragen ist. Doch können auch die besonderen Gerichtsstände des § 21 ZPO. (wenn es sich um eine Zweigniederlassung handelt) sowie die der §§ 24 ff. ZPO. in Frage kommen.[2])

2. Die so in Anspruch genommene Gesellschaft kann sich auf verschiedene Weise verteidigen. Sie kann nachweisen, daß sie gar nicht für die Geschäftsverbindlichkeiten des bisherigen Einzelkaufmanns haftet, da eine den Formvorschriften des § 28 Abs. 2 HGB. genügende abweichende Vereinbarung getroffen worden ist (s. unten § 22). Oder sie kann zwar ihre Haftpflicht zugeben, aber den Charakter der Schuld als Geschäftsverbindlichkeit bestreiten (s. oben § 13). Für ihre sonstigen Einwendungen sind, wie schon ausgeführt wurde (vgl. oben § 17, 1), die Bestimmungen des Bürgerlichen Gesetzbuchs über das Gesamtschuldverhältnis sowie über die Schuldübernahme maßgebend.

Sie kann sich also nach § 422 Abs. 1 BGB. darauf berufen, daß das Schuldverhältnis bereits erloschen ist durch Erfüllung (§ 362 BGB.), Leistung an Erfüllungsstatt (§ 364 BGB.), Hinterlegung (§§ 372 ff. BGB.) seitens des Einzelkaufmanns, sowie durch eine von diesem bereits vorgenommene Aufrechnung (§ 389 BGB.). Nicht aber kann sie ihrerseits mit jeder Gegenforderung des Einzelkaufmanns aufrechnen (§ 422 Abs. 2 BGB.). Vielmehr ist dies nur bezw. der vor der Umwandlung des Einzelgeschäfts in diesem entstandenen Geschäftsforderungen statthaft, und zwar unbedingt ohne Rücksicht auf eine etwa zwischen dem Einzelkaufmann und dem Eingetretenen getroffene Vereinbarung, es sei denn, daß diese den Bestimmungen des § 28 Abs. 2 HGB. genügt; denn soweit eine solche nicht besteht, gelten diese Forderungen als auf die Gesellschaft übergegangen (§ 28 Abs. 1 HGB.; vgl. unten § 21). Ein zwischen Gläubiger und Einzelkaufmann vereinbarter Erlaß wirkt

---

[2]) Lehmann-Ring S. 261; Staub Anm. 17 zu § 124.

auch zugunsten der Gesellschaft, wenn damit das ganze Schuldverhältnis aufgehoben werden sollte (§ 423 BGB.), ebenso ein Vergleich, soweit er eine Erfüllung oder eine der Erfüllung gleichstehende Rechtshandlung enthält (§ 422 BGB.). Dagegen werden durch einen im Konkurs des Einzelkaufmanns abgeschlossenen rechtskräftigen Zwangsvergleich die Rechte des Gläubigers gegen die Gesellschaft nicht berührt (§ 193 KO.). Der Annahmeverzug des Gläubigers gegenüber dem Einzelkaufmann kommt der Gesellschaft zugute (§ 424 BGB.).

Auf andere als die in §§ 422—424 BGB. erwähnten Tatsachen dagegen kann sich die Gesellschaft, soweit sich nicht aus dem Schuldverhältnis ein anderes ergibt, nicht berufen, wenn sie in der Person des Einzelkaufmanns *nach* der Umwandlung eingetreten sind, ebensowenig wie ihr gegenüber aus solchen Tatsachen Rechte hergeleitet werden können. Denn diese Tatsachen wirken nur für und gegen den Gesamtschuldner, in dessen Person sie eingetreten sind (§ 425 Abs. 1 BGB.). Dies gilt insbesondere von der Kündigung, dem Verzuge, dem Verschulden, von der Unmöglichkeit der Leistung in der Person des Einzelkaufmanns, von der Verjährung, deren Unterbrechung und Hemmung, von der Vereinigung von Forderung und Schuld und vor allem auch von dem rechtskräftigen Urteile (§ 425 Abs. 2 BGB.). Waren dagegen solche Tatsachen schon vorhanden zur Zeit des Eintritts des Einzelkaufmanns, so muß die Gesellschaft sich auf diese trotz § 425 BGB. berufen können, da ja eine Schuldmitübernahme vorliegt (§ 417 BGB.). Zu eng ist es also, wenn *Goldmann*[3]) für den analogen Fall des § 25 sagt, dem Geschäftserwerber stünden nur die Einwendungen aus §§ 422—424 zu. Zu weit würde man dagegen gehen, wollte man mit *Staub*[4]) sagen, es ständen ihm alle diejenigen Einwendungen zu, die dem bisherigen Schuldner „zustehen". Doch dürften diese Worte wohl so zu verstehen sein: „Die Einwendungen, die dem bisherigen Schuldner *zur Zeit des Übergangs des Geschäfts* zustehen", was allerdings

[3]) S. 104.
[4]) Anm. 10 zu § 25.

Conradin, der sich deshalb gegen Staub wendet, offenbar nicht annimmt.[5])

Es tritt also der gewiß eigenartige Fall ein, daß eine offene Handelsgesellschaft eine Anzahl der einem ihrer Gesellschafter persönlich zustehenden Einreden geltend machen kann.

3. Bezüglich der für eine Geschäftsverbindlichkeit bestellten Bürgschaften und Pfandrechte ist zu bemerken, daß diese, da eine privative Schuldübernahme nicht vorliegt, zwar nicht erlöschen (§ 418 BGB.), aber auch nicht auf die Gesellschaft übergehen können. Sie bleiben nur für die Schuld des Einzelkaufmanns bestehen. Ebenso kann ein mit einer derartigen Forderung im Konkurs des Einzelkaufmanns verbundenes Vorzugsrecht zwar auch weiterhin in dessen, nicht aber auch im Konkurs der Gesellschaft geltend gemacht werden (§ 418 Abs. 2 BGB.).

4. Bestritten ist, ob die Gesellschaft sich auf die Ungültigkeit des Eintritts berufen kann. M. E. ist dies zulässig[6]) und steht dem auch § 417 Abs. 2 BGB. nicht entgegen. Denn man muß im Falle des § 417 Abs. 1 BGB. einen Unterschied machen zwischen Einwendungen aus dem der Schuldübernahme zugrunde liegenden Rechtsverhältnisse, dem obligatorischen Kausalgeschäfte, und Einwendungen aus dem abstrakten Übernahmevertrage selbst. Erstere z. B., die exceptio non adimpleti contractus, die Einreden der Wandelung und Minderung, sind nach § 417 Abs. 2 unzulässig, letztere dagegen statthaft.[7]) Nun ist hier der Eintritt des Gesellschafters nicht als das der Schuldübernahme zugrunde liegende Rechtsverhältnis anzusehen, er entspricht vielmehr dem Übernahmevertrage. Er bildet wie dieser die Voraussetzung der Schuldübernahme. Der Unterschied ist bloß der, daß, wie wir gesehen haben (oben § 14), hier die Schuldübernahme nicht auf Grund eines Vertrages, sondern kraft Gesetzes auf Grund der Tatsache des Eintritts stattfindet. Man wird also auch hier Einwendungen,

---

[5]) S. 49.

[6]) So für den entsprechenden Fall der Geschäftsveräußerung auch Düringer-Hachenburg S. 249; Ritter S. 45; a. M. Staub Anm. 10 zu § 25.

[7]) RG. Bd. 58 S. 386; Fischer-Henle Anm. 4 zu § 417; Staudinger Erl. zu § 417.

die das der Schuldübernahme zugrunde liegende Rechtsverhältnis zwischen dem Einzelkaufmanne und dem eingetretenen Gesellschafter betreffen, z. B. daß letzterer seine Geschäftseinlage entgegen der Vereinbarung noch nicht voll eingezahlt habe, daß er sich der im Gesellschaftsvertrage ausbedungenen persönlichen Leistungen dauernd entziehe usw., außer acht lassen müssen. Dagegen wird man die Berufung auf Tatsachen, die die Rechtswirksamkeit des dem abstrakten Übernahmevertrags des § 417 Abs. 2 BGB. entsprechenden Eintritts entweder aus besonderen Gründen ausschließen, oder aber wieder aufheben, z. B. mangelnde Geschäftsfähigkeit des einen der Vertragsschließenden (§§ 105 ff., 1822 Nr. 3, 1643 Abs. 1 BGB.), Irrtum (§ 119 BGB.), Zwang, arglistige Täuschung (§ 123 BGB.) usw., unbedenklich zulassen dürfen.

Den in gutem Glauben auf die Gültigkeit des Gesellschaftsvertrags bauenden Dritten wird man aber auch hier nicht ohne jeden Schutz lassen können. Ist daher der Eintritt in das Handelsregister eingetragen, so wird ihm gegenüber der Einwand der Ungültigkeit des Eintritts nicht durchschlagen. Denn die Eintragung in das Handelsregister hat den Charakter einer öffentlich abgegebenen Erklärung, aus der die Erklärenden haftbar sind. Solange daher die Gesellschafter diesen Eintrag nicht löschen lassen, treten sie im Rechtsverkehr als Handelsgesellschaft auf, die Pseudogesellschaft kann sich daher nicht darauf berufen, daß sie nicht zu Recht bestehe, weil der Eintritt des Gesellschafters ungültig sei.[8])

5. Eine weitere Frage ist die, ob auch der eingetretene Gesellschafter, wenn er Geschäftsgläubiger des bisherigen Einzelkaufmanns war, seine Forderung der Gesellschaft gegenüber geltend machen kann. Man wird dies mit der herrschenden Meinung[9]) als zulässig bezeichnen müssen, denn diese Forderung des Eingetretenen hat mit seiner Eigenschaft als Gesellschafter gar nichts zu tun; er steht insoweit der Gesellschaft völlig als Dritter gegen-

[8]) So Staub Anm. 4 zu § 28; vgl. auch Anm. 8, 9 zu § 123 und Exk. zu § 5. Im Endresultat gleich, wenn auch in der Begründung anders, RG. Bd. 51 S. 39; RG. im Sächs. Arch. Bd. 15, 606.

[9]) Staub Anm. 24 zu § 128; Makower S. 345; Rudorff S. 78; Hellwig, Anspruch und Klagrecht S. 277; Gierke S. 540; RG. Bd. 29 S. 15, Bd. 36 S. 60, Bd. 59 S. 144; RG. in JW. 25, 58.

über, was sich auch darin zeigt, daß er seine Forderung im Konkurs der Gesellschaft geltend machen kann.[10]) In einem solchen Prozesse wird die Gesellschaft, wenn beide Gesellschafter vertretungsberechtigt sind, von dem anderen Gesellschafter vertreten. Ist aber der Klagende allein vertretungsberechtigt oder handelt es sich um eine Kommanditgesellschaft, deren Komplementär der Klagende ist, so ist die Gesellschaft insoweit ohne Vertretung. Es muß daher auf Antrag des Klägers ein besonderer Vertreter vom Vorsitzenden ernannt werden (§ 57 CPO.).[11]) Bezüglich der Einwendungen der Gesellschaft gilt hier dasselbe, wie wenn ein Dritter die Gesellschaft verklagte. Insbesondere sind also Einwendungen aus dem Innenverhältnis zwischen dem bisherigen Einzelkaufmann und dem Gesellschafter nur in dem bereits geschilderten Umfange (vgl. oben unter 2) zulässig.

6. War wegen einer Geschäftsverbindlichkeit zur Zeit des Eintritts des Gesellschafters ein Rechtsstreit bereits anhängig, so hindert das zwar nicht den Eintritt der Haftung der Gesellschaft, auch für diese Verbindlichkeit, auf den Prozeß aber hat diese Tatsache keinen Einfluß. Der Einzelkaufmann ist ja nach wie vor Schuldner, daher auch nach wie vor im Prozeß passiv legitimiert.

Es ist m. E. abwegig, zur Begründung dieses Satzes § 265 CPO. heranzuziehen, wie es Lehmann und im Anschluß an ihn verschiedene andere tun.[12]) § 265 CPO. kommt hier gar nicht in Frage.[13]) Denn dieser setzt eine Rechtsnachfolge in die in Streit befangene Sache oder den geltend gemachten Anspruch voraus. Hier ist die Gesellschaft als Gesamtschuldnerin neben den Einzelkaufmann getreten. Der Schuldübernehmer kann aber nicht einmal dann als Rechtsnachfolger angesehen werden, wenn er an die Stelle des bisherigen Schuldners (privative Schuldübernahme), geschweige denn, wenn er neben diesen tritt (kumulative Schuld-

---

[10]) ROHG. Bd. 5 S. 205; Jaeger Anm. 6 zu § 3.

[11]) Staub Anm. 25 zu § 128; a. M. Hellwig a. a. O. Anm. 6.

[12]) Lehmann, Z. f. HR. Bd. 50 S. 34; vgl. Staub Anm. 8 zu § 28; Fein S. 51; Schaarschmidt S. 50; auch Cohn S. 59.

[13]) So richtig Petersen-Anger Anm. 6 zu § 265; Gaupp Note II zu § 265; Düringer-Hachenburg S. 219f.; RG. in JW. 1886, 193, 6 und insoweit übereinstimmend auch Hellwig, Verträge S. 179.

übernahme).[14]) Der Prozeß nimmt also zwischen dem Einzelkaufmann und dem Gläubiger seinen Fortgang. Eine Hauptintervention der Gesellschaft ist ausgeschlossen. Es ist aber auch nicht statthaft, daß die Gesellschaft mit Zustimmung des Gegners den Prozeß als Hauptpartei übernimmt.[15]) Das müssen die für zulässig halten, die sich auf § 265 berufen. Da die Gesellschaft aber zweifellos ein rechtliches Interesse an dem Obliegen des Einzelkaufmanns hat, kann sie diesem als Nebenintervenientin beitreten (§ 66 ZPO.).

7. Dieselben Erwägungen sind ausschlaggebend für die Beantwortung der Frage, welche Wirkungen dem Urteile, das in einem solchen vor Eintritt des Gesellschafters gegen den Einzelkaufmann anhängig gewordenen Rechtsstreit ergeht, der Gesellschaft gegenüber zukommt. Das rechtskräftige Urteil wirkt prinzipiell nur zwischen den Parteien. Durch § 325 ZPO. ist aber die Rechtskraftwirkung des Urteils ausgedehnt worden. Es wirkt auch gegen und (anders wie nach dem früheren § 236 Abs 3 ZPO.) für diejenigen Personen, die nach dem Eintritte der Rechtshängigkeit Rechtsnachfolger der Parteien geworden sind. Diese Bestimmung kann hier nicht eingreifen, da keine Rechtsnachfolge vorliegt.[16]) Wird daher der klagende Gläubiger mit seiner Klage abgewiesen, so wirkt das Urteil nicht zugunsten, gewinnt er seinen Prozeß, so wirkt es nicht zuungunsten der Gesellschaft.[17])

Der unterlegene Gläubiger kann also eine neue Klage gegen die Gesellschaft anstrengen. Diese kann ihm nicht entgegenhalten, daß er schon dem Einzelkaufmann gegenüber rechtskräftig abge-

---

[14]) Petersen-Anger Anm. 5 zu § 325; Seuffert Note 7 zu § 265; Reichel S. 535; Mayer bei Gruchot Bd. 33 S. 306; Jacobi in DJZ. 1904 S. 211; RG. bei Gruchot Bd. 30, 1112; OLG. Dresden in OLG. Bd. 13, 184; OLG. Darmstadt in J. d. R. Bd. 6, 878; OLG. Hamburg im Recht 1908 S. 595, 3298; a. M. Hellwig a. a. O. S. 180; Kohler in Buschs Z. f. deutschen Civilpr. Bd. 12 S. 120.

[15]) Petersen-Anger a. a. O.; Düringer-Hachenburg S. 220.

[16]) Gaupp Note III zu § 325; Seuffert Note 4b zu § 325; Düringer-Hachenburg a. a. O. und für den analogen Fall des § 25; Makower S. 125; a. M. Hellwig a. a. O.

[17]) Reichel S. 543; Gaupp Erl. zu § 729.

wiesen worden sei. Dieser Gedanke kommt im Gesetz zum Ausdruck in § 425 Abs. 2 BGB., der insofern den § 417 Abs. 1 modifiziert, da, wie ausgeführt wurde, auf die Rechtslage der Gesellschaft sowohl die Bestimmungen über die Schuldübernahme als auch die über das Gesamtschuldverhältnis Anwendung finden. Dem Gläubiger muß diese Möglichkeit trotz des Verlustes des Vorprozesses die Gesellschaft zu verklagen, schon deshalb offenstehen, weil die Abweisung der Klage unter Umständen auf Tatsachen beruhte, die nur in der Person des Einzelkaufmanns, und zwar nach dem Eintritt des Gesellschafters, eingetreten sind. Die Einwendungen, die für den Einzelkaufmann in seiner Person erst nach Eintritt der Haftung der Gesellschaft entstanden sind, stehen ja, wie wir gesehen haben, der Gesellschaft nicht zu (§ 425 Abs. 1 BGB.). Es ist also sehr wohl möglich, daß der Einzelkaufmann nicht mehr verpflichtet ist und die Klage gegen ihn deshalb abgewiesen werden mußte, während die Haftung der Gesellschaft nach wie vor besteht.

Andererseits muß aber auch der obsiegende Gläubiger, will er die Gesellschaft auf Grund ihrer solidarischen Haftung in Anspruch nehmen, diese von neuem verklagen. Denn das gegen den Einzelkaufmann ergangene Urteil wirkt ja nicht gegen den anderen Gesamtschuldner, die Gesellschaft. Auch das hat seinen guten Grund. Denn ebensogut wie in dem vorerwähnten Falle denkbar war, daß das dem Gläubiger ungünstige Urteil auf Tatsachen beruhte, die in der Person des Einzelkaufmanns erst nach dem Eintritte der Gesamthaftung eingetreten sind, kann ja auch das dem Gläubiger günstige Urteil auf solchen Tatsachen beruhen, die nicht gegen die Gesellschaft wirken. Oder es können umgekehrt nachträglich für die Gesellschaft Tatsachen eingetreten sein, die nur zu ihrem, nicht auch zu des andern Gesamtschuldners Gunsten wirken. Der Einzelkaufmann kann z. B. den Prozeß verloren haben, weil ihm gegenüber nach dem Eintritt des Gesellschafters in das Geschäft die Verjährung unterbrochen worden ist, oder aber es kann der Gläubiger der Gesellschaft, nicht auch dem Urschuldner, die Schuld erlassen oder gestundet haben usw. Es ist also nicht gesagt, daß der Gläubiger, der den Prozeß gegen

den Einzelkaufmann gewonnen hat, in jedem Fall auch der Gesellschaft gegenüber noch forderungsberechtigt sein muß.

Die Beweisfunktion des Ersturteils kommt natürlich unter Umständen in dem zweiten Prozesse mit in Frage. Es wohnt ihm, wie sich Reichel ausdrückt,[18]) eine gewisse Überzeugungskraft inne. Diese kann aber durch Gegenbeweis jederzeit widerlegt werden und hat mit der Rechtskraft nichts zu tun.

8. Endlich ist auch möglich, daß ein Rechtsstreit wegen einer Geschäftsverbindlichkeit zwischen Einzelkaufmann und Gläubiger bereits vor dem Eintritt des Gesellschafters rechtskräftig entschieden war. War hier der Gläubiger mit seiner Klage abgewiesen, so kommt die Haftung der Gesellschaft gar nicht in Frage. Diese würde der gegen sie gerichteten Klage einfach mit dem Einwand der rechtskräftig entschiedenen Sache begegnen können. Diese Einwendung ist zwar in der Person des Einzelkaufmanns entstanden (§ 425 BGB.), aber vor dem Eintritt des Gesellschafters, steht daher auch der Gesellschaft zu (§ 417 Abs. 1 BGB., oben unter 2).

Ist dagegen die Verbindlichkeit gegen den Einzelkaufmann rechtskräftig festgestellt worden, so fragt sich, ob der Gläubiger eine vollstreckbare Ausfertigung gegen die Gesellschaft erhalten kann.

Eine vollstreckbare Ausfertigung gegen einen anderen als den im Urteil bezeichneten Schuldner ist nur gegen solche Personen möglich, gegen die das Urteil nach § 325 ZPO. wirksam ist (§ 727 ZPO.). Da nun § 325, wie wir sahen, hier nicht einschlägt, muß dem Gläubiger die Ausfertigung des Urteils gegen die Gesellschaft versagt werden, § 727 ZPO. kann keine Anwendung finden. Das gilt auch dann, wenn das Urteil gegen den Einzelkaufmann unter seiner Firma gerichtet ist und die Gesellschaft diese Firma beibehalten hat. Denn auch hier ist nur der Kaufmann, nicht die Firma, Partei gewesen, da die Klage gegen die Firma des Einzelkaufmanns auch nur eine Klage gegen diesen, nur unter seinem Handelsnamen, ist, dem Geschäft oder der Firma aber irgendwelche rechtliche Selbständigkeit auch im Prozesse nicht zukommt.[19]) Der Gläubiger

---

[18]) S. 543.

[19]) Gaupp Note II zu § 727; Staub Anm. 32 ff. zu § 17.

muß also eine neue Klage gegen die Gesellschaft anstrengen. Hierin liegt nun allerdings eine Härte vor allem dann, wenn der gesamte oder wenigstens der größte Teil des Vermögens des Kaufmanns in seinem Geschäft steckt. Der Gläubiger, der seinen Prozeß gewonnen und mit der Zwangsvollstreckung vielleicht nur aus Rücksicht auf den Schuldner gezögert hat, kann seine Rechte aus dem Urteil jetzt tatsächlich nicht mehr geltend machen, da das Privatvermögen seines Schuldners unzulänglich, sein Geschäftsvermögen aber auf die Gesellschaft übergegangen und damit seinem Zugriff entzogen ist (§ 124 Abs. 2 HGB.). Die solidarische Haftung der Gesellschaft nützt ihm hier zunächst nichts. In die gleiche ungünstige Lage würde der Gläubiger auch kommen, wenn der Kaufmann sein Geschäft mit Aktiven und Passiven veräußert hätte. Hier würde, vorausgesetzt, daß die Firma weitergeführt wird, der Erwerber ihm neben dem Veräußerer für die Geschäftsverbindlichkeit haften (§ 25 HGB.), und doch würde er nicht gegen ihn vollstrecken können, da der Erwerber nicht Rechtsnachfolger ist, § 727 ZPO. also hier nicht anwendbar wäre. In diesem Falle aber hat das Gesetz Abhilfe geschaffen, in dem es durch die Novelle v. 17. 5. 1898 gewissermaßen als prozessuale Ergänzung des ebenfalls neuen § 25 HGB. in § 729 Abs. 2 ZPO. bestimmte, daß die Vorschriften des § 727 ZPO. auf diesen Fall entsprechende Anwendung finden sollten. Demselben Gedanken entsprang der § 729 Abs. 1, der die gleiche Bestimmung für den Fall der Übernahme eines ganzen Vermögens enthält (§ 419 BGB.).

Es liegt nun allerdings nahe, diese Bestimmung auch auf den dritten Fall einer gesetzlichen kumulativen Schuldübernahme, den § [28 HGB. darstellt, analog anzuwenden. Die herrschende Meinung scheint, zumal auch zweifellos Billigkeitsgründe dafür sprechen, auch auf diesem Standpunkt zu stehen.[20]) Eine solche Ausdehnung erscheint mir aber doch bedenklich. § 729 ZPO. ist eine Spezialvorschrift, eine Ausnahme von dem Grundsatze, daß das rechtskräftige Urteil nur zwischen den Parteien und ihren Rechtsnachfolgern wirkt. Wenn der Gesetzgeber gewollt hätte, daß

[20]) Staub Anm. 8 zu § 28; Düringer-Hachenburg S. 277; Lehmann in Z. f. HR. Bd. 50 S. 34; Fein S. 51.

diese Ausnahme auch im Falle des § 28 HGB. Platz griffe, dann würde er dies in § 729 Abs. 2 CPO. zum Ausdruck gebracht haben. Denn § 28 HGB. war damals ebenso neu wie § 25, und es ist nicht anzunehmen, daß der Gesetzgeber, wenn er den einen Ausnahmefall schuf, den anderen übersehen hätte. Eine analoge Anwendung der gesetzlichen Bestimmungen des neueren Rechts hat immer etwas Bedenkliches an sich, vor allem aber, wenn es sich wie hier um eine Ausnahmevorschrift handelt. Mir scheint aus dem Schweigen des Gesetzes viel eher hervorzugehen, daß § 729 Abs. 2 CPO. nur den ganz speziellen Fall, für den er geschaffen ist, im Auge hat und eine Ausdehnung über das durch diesen abgegrenzte Gebiet hinaus nicht verträgt.[21]) Der Fall des § 28 HGB. ist dem des § 25 auch nicht völlig gleichzustellen. Angenommen § 729 Abs. 2 CPO. existiere nicht, dann würde im Falle der Veräußerung des Geschäfts der Gläubiger, wenn das Privatvermögen des Schuldners zu seiner Befriedigung nicht ausreicht, eine neue Klage gegen den Erwerber als Gesamtschuldner anstrengen müssen. Ein anderer Weg stände ihm nicht offen. Anders im Falle des § 28. Hier hat er ebenfalls die neue Klage gegen den anderen Gesamtschuldner, die Gesellschaft. Er kann aber auch auf Grund des in seinen Händen befindlichen Schuldtitels, wenn auch nicht auf dem Wege der direkten Pfändung, zum Ziele gelangen. Er kann, wenn innerhalb der letzten sechs Monate eine Zwangsvollstreckung in das bewegliche Vermögen seines Schuldners ohne Erfolg versucht worden ist, auf Grund seines Schuldtitels die Pfändung und Überweisung des Anspruchs auf dasjenige erwirken, was dem Schuldner bei der Auseinandersetzung der Gesellschaft zukommt, und kann hierauf die Gesellschaft ohne Rücksicht darauf, ob sie auf bestimmte oder unbestimmte Zeit eingegangen ist, sechs Monate vor dem Ende des Geschäftsjahres für diesen Zeitpunkt kündigen (§ 135 HGB.). Er hat damit eine Möglichkeit, auch ohne neue Klage Befriedigung zu erlangen. Diese Möglichkeit aber fehlt ihm im Falle der Veräußerung des Geschäfts. Das Bedürfnis für eine Vorschrift im Sinne

---

[21]) Gl. A. OLG. Dresden in OLG. Bd. 13 S. 184.

des § 729 Abs. 2 ZPO. ist also im Falle des § 28 HGB. nicht so dringend, wie im Falle des § 25.

Daß die Unmöglichkeit, eine vollstreckbare Ausfertigung des Urteils gegen die Gesellschaft zu erlangen, für den Gläubiger eine große Härte bedeutet, kann nicht geleugnet werden. Immerhin ist aber seine Lage noch günstiger, als wenn der Einzelkaufmann sein bisheriges Geschäft aufgelöst und sein gesamtes Vermögen in eine ganz neue offene Handelsgesellschaft eingebracht hätte; denn da würde der Gläubiger des alten Geschäfts ebenfalls zunächst das Nachsehen haben und nicht einmal die Gesellschaft als neuen Schuldner gewinnen. Es bliebe ihm daher nur die Möglichkeit übrig, nach § 135 HGB. vorzugehen. Außerdem ist zu berücksichtigen, daß der Gläubiger häufig den ihm erwachsenden Nachteil selbst mit verschuldet haben wird, nämlich stets dann, wenn er ohne triftigen Grund es unterlassen hat, sofort nach Rechtskraft des Urteils die Zwangsvollstreckung vorzunehmen. Endlich nützt ihm aber auch das erste Urteil wenigstens einigermaßen durch seine Beweisfunktion. Denn diese wird in dem neuen Prozeß naturgemäß eine sehr große sein. Die Gesellschaft wird das Bestehen der Schuld zwischen Gläubiger und Einzelkaufmann nicht mehr mit Erfolg bestreiten können. In ihrer Person begründete Einwendungen kann sie allerdings auch jetzt noch vorbringen.

§ 19.

γ) Die Haftung des eingetretenen Gesellschafters.

1. Der in das Handelsgeschäft des Einzelkaufmanns Eingetretene ist durch seinen Eintritt Gesellschafter einer offenen Handelsgesellschaft oder Kommanditgesellschaft geworden. Seine Stellung gegenüber den Gesellschaftsgläubigern bestimmt sich also nach den allgemeinen für die Haftung der Gesellschafter oder Kommanditisten geltenden Vorschriften des Handelsgesetzbuches. Liegt nach der Umwandlung eine offene Handelsgesellschaft vor, so haftet er nach § 128 HGB. für alle Verbindlichkeiten der Gesellschaft, also auch für die des bisherigen Einzelkaufmanns, soweit die Gesellschaft ihrerseits haftet, persönlich, d. h. mit seinem Privatvermögen. Eine entgegenstehende Vereinbarung ist Dritten gegenüber unwirksam (§ 128 Abs. 2 HGB.). Ist dagegen das bisherige Einzel-

geschäft in eine Kommanditgesellschaft umgewandelt worden, so gestaltet sich seine Haftung verschieden, je nachdem ob er Komplementär oder Kommanditist geworden ist. Als Komplementär (persönlich haftender Gesellschafter) haftet er mit seinem Privatvermögen unbeschränkt (§ 161 HGB.), als Kommanditist dagegen nur bis zur Höhe seiner Einlage. Soweit seine Einlage geleistet ist, ist seine Haftung in diesem Falle ausgeschlossen (§ 171 HGB.).

Die persönliche Haftung des Gesellschafters ist, wie wir bereits sahen, der Haftung mit dem Gesellschaftsvermögen nicht subsidiär, sondern eine prinzipale, jener aber akzessorische (vgl. oben § 17, 2). Die Schulden der Gesellschaft sind auch Schulden der Gesellschafter. Stets muß jedoch der Gesellschafter als solcher verklagt werden; denn aus einem gegen die Gesellschaft gerichteten vollstreckbaren Schuldtitel findet die Zwangsvollstreckung in das Privatvermögen der Gesellschafter nicht statt (§ 129 Abs. 4 HGB.).

2. Die Einwendungen des Gesellschafters richten sich nach §§ 129, 161 Abs. 2 HGB. Er kann also zunächst alle in seiner Person begründeten Einwendungen vorbringen, als Kommanditist insbesondere auch die, daß die Einlage voll geleistet sei (§ 171 Abs. 1 Satz 2 HGB.). Mit einer Privatforderung kann er stets aufrechnen. Andere Einwendungen kann er nur insoweit geltend machen, als sie auch von der Gesellschaft erhoben werden können (§ 129 Abs. 1 HGB.). Welche das sind, insbesondere wenn der Gläubiger einer der Geschäftsverbindlichkeiten des bisherigen Einzelkaufmanns seine Forderung auf Grund der gesamtschuldnerischen Haftung der Gesellschaft einklagt, ist in § 19 dieser Abhandlung erörtert worden. Es folgt daraus, daß hier der verklagte eingetretene Gesellschafter auch in der Person seines Assoziés begründete Einwendungen in dem oben dargelegten Umfange geltend machen kann.

Diese Regel erleidet nur zwei Ausnahmen. Der Gesellschafter kann erstens keine Forderungen der Gesellschaft aufrechnen, weder solche, die die Gesellschaft selbst in ihrem Geschäftsbetriebe begründet hat, noch solche, die bei der Umwandlung des Geschäfts von dem Einzelkaufmann auf sie übergegangen sind. Denn das würde eine unzulässige Verfügung über einen Bestandteil des Gesellschaftsvermögens bedeuten. Das Gesetz gibt ihm aber in diesem Falle

eine dilatorische Einrede, solange der Gläubiger sich durch Aufrechnung gegen eine fällige Forderung der Gesellschaft befriedigen kann (§ 129 Abs. 3 HGB.). Er kann zweitens nicht ein der Gesellschaft zustehendes Anfechtungsrecht ausüben, kann aber auch hier die Leistung so lange verweigern, als der Gesellschaft das Recht zusteht, das der Verbindlichkeit zugrunde liegende Rechtsgeschäft anzufechten (§ 129 Abs. 2 HGB.).

3. Wesentlich beschränkt ist die Zahl der Einwendungen des Gesellschafters, wenn die Gesellschaft wegen der Verbindlichkeit bereits rechtskräftig verurteilt worden ist. Hier entfallen alle die Einwendungen, die die Gesellschaft im Prozeß vorgebracht hat oder hätte vorbringen können. Der Gesellschafter kann das Bestehen der Gesellschaftsschuld zur Zeit des Eintritts der Rechtskraft des Urteils nicht mehr bestreiten.[1]) Dagegen kann er sich sehr wohl darauf berufen, daß die Gesellschaftsschuld seitdem erloschen sei. Die Gesellschaft kann nach Rechtskraft des Urteils gezahlt haben, die Schuld kann ihr erlassen worden sein usw. Diese Einwendungen, die für die Gesellschaft nach Rechtskraft des Urteils entstanden sind und von ihr im Wege der Vollstreckungsgegenklage (§ 767 ZPO.) geltend gemacht werden müßten, kann der Gesellschafter also auch jetzt vorbringen (§ 129 Abs. 1 HGB.). Außerdem bleiben ihm nach wie vor die in seiner Person begründeten Einwendungen. Dasselbe muß im Falle eines von der Gesellschaft abgeschlossenen Prozeßvergleichs gelten.[2])

4. Ist der Gläubiger mit der Klage gegen die Gesellschaft rechtskräftig abgewiesen worden, so hat der auf Grund der Solidarhaft in Anspruch genommene Gesellschafter die exceptio rei iudicatae. Denn diese würde ja auch der Gesellschaft einer erneuten Klage gegenüber zustehen (§ 129 Abs. 1 HGB.).[3])

5. Der eingetretene Gesellschafter muß aber auch dann besonders verklagt werden, wenn das Bestehen der Gesellschaftsschuld zwar nicht gegenüber der Gesellschaft, wohl aber bereits gegenüber dem Einzelkaufmann rechtskräftig festgestellt war. Denn wenn

---

[1]) RG. Bd. 49 S. 343; Bolze Bd. 20 Nr. 575.
[2]) RG. a. a. O.; RG. in JW. 1902, 213, 3.
[3]) RG. Bd. 5 S. 70.

es richtig ist, daß die Gesellschaft nicht Rechtsnachfolgerin des Einzelkaufmanns in Ansehung der Geschäftsverbindlichkeiten ist und das gegen den Einzelkaufmann vor Eintritt des Gesellschafters rechtskräftig gewordene Urteil daher nicht gegen die Gesellschaft wirkt, insbesondere eine vollstreckbare Ausfertigung im Sinne der §§ 727, 729 Abs. 2 ZPO. gegen sie nicht erteilt werden kann (vgl. oben § 18, 6—8), dann kann das Urteil auch nicht gegen den eingetretenen Gesellschafter wirken und vollstreckt werden.

Selbst wenn man aber auch auf dem Standpunkt steht, daß § 729 Abs. 2 ZPO. auf den Fall des § 28 HGB. analog anzuwenden und die Vollstreckungsklausel nach § 727 ZPO. daher gegen die Gesellschaft zu erteilen ist, folgt daraus noch nicht, wie die Vertreter dieser Ansicht annehmen,[4]) daß die Klausel auch gegen den eingetretenen Gesellschafter erteilt werden kann. Die Wirkung der analogen Anwendung des § 729 Abs. 2 ZPO. kann doch höchstens die sein, daß das gegen den Einzelkaufmann ergangene Urteil einem gegen die Gesellschaft ergangenen Urteil gleichgestellt wird. Denn der die analoge Anwendung in den Augen ihrer Vertreter rechtfertigende Gedanke ist doch offenbar der, daß es billig ist, daß dem Gläubiger der Zugriff auf dieselben Vermögensbestandteile ermöglicht wird, die ihm haften würden, wenn das Geschäft nicht in eine Gesellschaft umgewandelt worden wäre. Das würde er erreichen durch die Vollstreckungsklausel gegen die Gesellschaft. Wie ließe sich aber die Besserstellung des Gläubigers rechtfertigen, die darin liegt, daß ihm hier der direkte Zugriff nicht nur auf dieses Vermögen, sondern auch auf das Privatvermögen des neu hinzugetretenen Gesellschafters gestattet sein soll, während doch sonst aus einem gegen die Gesellschaft ergangenen Urteil die Zwangsvollstreckung nur in deren, nicht aber auch in das Privatvermögen der Gesellschafter stattfindet (§ 129 Abs. 4 HGB.)?

δ) Die Haftung des bisherigen Einzelkaufmanns.

1. Der bisherige Einzelkaufmann nimmt den Geschäftsgläubigern gegenüber nach der Umwandlung des Geschäfts eine

---

[4]) Düringer-Hachenburg S. 277; Fein S. 59 und wohl auch Staub Anm. 8 zu § 28.

Doppelstellung ein. Er haftet ihnen in Ansehung der im Betriebe des Einzelgeschäfts begründeten Verbindlichkeiten persönlich als Mitglied der entstandenen Gesellschaft (§ 128 HGB.), außerdem aber haftet er in seiner Eigenschaft als ursprünglicher Schuldner weiter neben der Gesellschaft als Gesamtschuldner. Wird er daher als Urschuldner aus der Haftung entlassen, so bleibt er doch als Gesellschafter noch verpflichtet.[1])

2. Für seine Haftung als Gesellschafter gelten dieselben Regeln wie für die Haftung des eingetretenen Gesellschafters (vgl. oben § 19).

Dagegen gestaltet sich seine Haftung wesentlich anders, soweit seine Stellung als Urschuldner in Frage kommt.

Als Gesellschafter kann er sich auf alle die Tatsachen berufen, die die Gesellschaft geltend machen kann (§ 129 Abs. 1 HGB.), muß aber auch alle diese Tatsachen gegen sich gelten lassen, soweit sie gegen die Gesellschaft wirken, also auch solche, die erst nach der Umwandlung entstanden sind. Dagegen wirken andere als die in §§ 421—424 BGB. bezeichneten Tatsachen, soweit sie nicht in seiner Person eingetreten sind oder sich aus dem Schuldverhältnis etwas anderes ergibt, weder für noch gegen ihn als Urschuldner (§ 425 BGB.). Denn auf seiner Seite liegt ja zwar ein Gesamtschuldverhältnis mit der Gesellschaft, nicht aber wie bei dieser eine Schuldmitübernahme vor. Gegen seine Inanspruchnahme als Gesellschafter kann er sich in demselben Umfange wie die Gesellschaft[2]) mit dem Nachweise verteidigen, daß der Eintritt des Gesellschafters nicht gültig ist. Auf seine Stellung als Urschuldner dagegen ist das Zurechtbestehen der Gesellschaft ohne jeden Einfluß.

Pfandrechte, Bürgschaften, die zugunsten der Verbindlichkeiten zur Zeit der Umwandlung bereits bestanden, kommen ihm als Urschuldner zugute, während sie für ihn als Gesellschafter nicht existieren (oben § 18, 3).

Als Urschuldner kann er das einer Verbindlichkeit zugrunde liegende Rechtsgeschäft persönlich anfechten und damit eine vernichtende Einrede vorbringen, während ihm als Gesellschafter nur

---

[1]) Lehmann-Ring S. 101.

[2]) vgl. oben § 18, 4.

die aufschiebende Einrede des § 129 Abs. 2 HGB. zur Verfügung steht. Dagegen kann er weder als Urschuldner noch als Gesellschafter mit einer im Betriebe begründeten Forderung aufrechnen. Als Gesellschafter hat er in diesem Falle ein Leistungsverweigerungsrecht (§ 129 Abs. 3 HGB.), als ursprünglich Verpflichteter aber nicht einmal dieses, da ja die Forderungen im Augenblick der Umwandlung auf die Gesellschaft übergegangen sind (§ 422 Abs. 2 BGB.).[3]) Doch kann er sich die Forderung von der Gesellschaft wieder abtreten lassen und dann damit aufrechnen.[4])

Tritt er später aus der Gesellschaft wieder aus, oder wird die Gesellschaft aufgelöst, so kommt ihm die kurze Verjährung des § 159 HGB. nur als Gesellschafter, also bezüglich der nach der Umwandlung des Geschäfts entstandenen Verbindlichkeiten, nicht auch als Urschuldner zugute (vgl. oben § 15).

Ist er Kommanditist der neuen Gesellschaft geworden, so haftet er zwar als solcher nur bis zur Höhe seiner Einlage und wird überhaupt von der Haftung frei, sobald die Einlage voll geleistet ist (§ 171 HGB.), seine unbeschränkte Haftung als Urschuldner besteht aber daneben unverändert fort.[5]) Bezüglich der nach der Umwandlung erst entstandenen Geschäftsverbindlichkeiten haftet er selbstverständlich nur als Kommanditist.

3. Auch hier taucht die Frage auf, ob der eingetretene Gesellschafter, der zugleich Gläubiger wegen einer im Geschäftsbetriebe des bisherigen Einzelkaufmanns begründeten Verbindlichkeit ist, seine Forderung auch jetzt noch geltend machen, ob er sich also wegen derselben auch an den bisherigen Einzelkaufmann halten kann. Dies kann man, soweit dessen Haftung als Gesellschafter in Frage kommt, m. E. gleich der Haftung der Gesellschaft aus den schon dargelegten Gründen (vgl. oben § 18, 5) nicht verneinen.[6]) Der Eingetretene steht hier der Gesellschaft und demgemäß auch seinem Mitgesellschafter vollständig als Dritter gegen-

---

[3]) Goldmann S. 139.

[4]) Makower S. 125.

[5]) Ritter S. 54.

[6]) So auch Staub 8. Aufl. Anm. 24 zu § 128; Makower S. 345; Lehmann-Ring S. 278; Rudorff S. 79; Cosack § 108 V, 2; RG. Bd. 36 S. 63; Denkschrift S. 94; a. M. Staub 6./7. Aufl.; Fein S. 53 f.

über. Erst recht muß dies aber gelten, wenn der Einzelkaufmann als Urschuldner in Anspruch genommen wird. Denn zur Zeit der Begründung der Verbindlichkeit stand er ja zu dem jetzt Eingetretenen überhaupt noch in keinen gesellschaftlichen Beziehungen. Diese seine Haftung ist aber auch nach der Umwandlung des Geschäfts weder erloschen noch verändert.

Gegen eine solche Forderung eines Associés werden ihm dieselben Einwendungen zustehen, die ihm in Ansehung jeder andern der bisherigen Geschäftsverbindlichkeiten zustehen. Außerdem wird man ihm aber hier auch Einreden aus dem Innenverhältnis, die die solidarische Haftung ausschließen, zubilligen müssen, insbesondere also die Forderung des Eingetretenen insoweit nicht als gerechtfertigt ansehen können, als diesem die Verbindlichkeit im Innenverhältnis zur Last fallen würde.[7])

4. Seine prozessuale Stellung ergibt sich aus dem in den §§ 18 u. 19 Gesagten. Insbesondere ist also auf einen gegen ihn zur Zeit des Eintritts des Gesellschafters bereits anhängigen Prozeß die Umwandlung des Geschäftes ohne Einfluß (oben § 18, 6). Das in einem solchen Prozesse ergehende Urteil wird in sein Privatvermögen und nur in dieses vollstreckt (oben § 18, 7/8). Im übrigen finden sich keine Besonderheiten. Zu bemerken ist nur, daß er insofern ungünstiger gestellt ist als der eingetretene Gesellschafter, als aus der rechtskräftigen Abweisung der durch einen Gläubiger wegen einer Geschäftsverbindlichkeit gegen die Gesellschaft angestrengten Klage die exceptio rei iudicatae zwar für ihn als Gesellschafter (oben § 19, 4), nicht aber auch als Urschuldner erwächst (§ 425 Abs. 2 BGB.). Der im Prozeß gegen die Gesellschaft unterlegene Gläubiger kann also eine neue Klage gegen den bisherigen Einzelkaufmann erheben. Andererseits würde ein die Gesellschaft verurteilendes Erkenntnis zwar weder gegen ihn als bisherigen Einzelkaufmann (§ 425 Abs. 2 BGB.) noch gegen ihn als Gesellschafter (§ 129 Abs. 4 HGB.; vgl. oben § 19, 1) wirken; als Gesellschafter beraubt es ihn aber einer ganzen Anzahl Ein-

---

[7]) Lehmann-Ring a. a. O.; Makower a. a. O.; Staub Anm. 24 zu § 128; RG. a. a. O.

wendungen (oben § 19, 3), die ihm wenigstens zum Teil zustehen würden, wenn er nur als Einzelkaufmann haftete.

§ 21.

2. Der Übergang der Geschäftsforderungen.

Als zweite Folge des Eintritts eines Gesellschafters in das Handelsgeschäft eines Einzelkaufmanns bestimmt § 28 HGB., daß die Geschäftsforderungen als auf die Gesellschaft übergegangen gelten sollen.

1. Auch hier gibt das Gesetz selbst eine Definition des Begriffes der Geschäftsforderungen entsprechend der der Geschäftsverbindlichkeiten, die mit der in § 25 HGB. gegebenen Definition vollständig übereinstimmt: Es sind „die in dem Betriebe des Geschäfts begründeten Forderungen". Wir werden dieselben ebenfalls in Anlehnung an die schon erwähnte Entscheidung des Reichsgerichts[1]) genauer bezeichnen können als „diejenigen Forderungen, die mit dem Geschäftsbetriebe in einer solch engen inneren Verbindung stehen, daß sie als Folge dieses Geschäftsbetriebes erscheinen". Im übrigen ist die Frage, was alles zu den Geschäftsforderungen zu rechnen ist, ganz entsprechend der Frage zu beantworten, was alles zu den Geschäftsverbindlichkeiten zu zählen ist. Es kann daher an dieser Stelle auf die diesbezüglichen früheren Ausführungen, insbesondere darüber, was der Rechtsgrund der Verbindlichkeiten sein kann, verwiesen werden. Auch hier stehen sich Geschäftsforderungen und Privatforderungen des Kaufmanns gegenüber, und auch hier handelt es sich nur um das konkrete, nicht auch um andere etwa gleichzeitig oder früher von dem Kaufmann betriebene Handelsgeschäfte.

Nicht kommen für den Übergang solche Forderungen in Frage, die nicht übertragbar sind (§§ 399, 400 BGB.) oder deren Übertragung einer besonderen Form bedarf.[2]) Andererseits ist es gleichgültig, ob die Forderungen fällig oder betagt, bedingt oder unbedingt sind.

---

[1]) RG. Bd. 15 S. 54; vgl. oben § 13.

[2]) Düringer-Hachenburg Anm. 25 zu § 25 (S. 251); Anm. 8 zu § 28 (S. 277).

Mit den Forderungen gelten deren Sicherungsrechte (Pfandrechte, Bürgschaften) sowie Vorzugsrechte im Konkurs der Schuldner diesen gegenüber als übergegangen (§ 401 BGB.).

2. Der Übergang erfolgt nicht im Wege der vertragsmäßigen Abtretung der Forderungen, diese gelten vielmehr kraft Gesetzes als auf die Gesellschaft übergegangen.[3]) Voraussetzung ist ausschließlich die Tatsache des Eintritts des Gesellschafters in das bestehende Handelsgeschäft des Einzelkaufmanns. Auf die Fortführung der Firma kommt es anders wie im Falle der Veräußerung des Handelsgeschäftes (§ 25 HGB.) nicht an.[4]) Dieser Übergang ist jedoch keine cessio legis. Denn das würde bedeuten, daß ein vollständiger Gläubigerwechsel nach innen und außen stattfindet. Hier ist nun zwar die Rechtslage den Schuldnern gegenüber so, als ob eine cessio legis stattgefunden hätte,[5]) das Innenverhältnis und das Verhältnis zu anderen Dritten als den Schuldnern der in Frage kommenden Verbindlichkeiten bleibt aber unberührt. Es entsteht auch kein Gesamtgläubigerverhältnis zwischen dem Einzelkaufmann und der Gesellschaft im Sinne des § 428 BGB. Vielmehr ist den Schuldnern gegenüber die Gesellschaft und nur diese Gläubigerin, während der Einzelkaufmann aufhört Gläubiger zu sein. Gegen den Veräußerer kann der Schuldner nunmehr jederzeit einwenden, daß er zur Geltendmachung der Forderung nicht mehr berechtigt ist.[6])

Die Gesellschaft braucht zu ihrer Legitimation keinen anderen Nachweis als den, daß der Eintritt des Gesellschafters in das Einzelgeschäft erfolgt ist; § 410 BGB. findet keine Anwendung.[7]) Die Anzeige an den Schuldner im Sinne des § 409 BGB. wird durch die Tatsache des vollendeten Eintritts ersetzt.

3. Den Schuldnern gegenüber liegt eine Fiktion des Forderungsüberganges vor. Für sie ist der Gegenbeweis, daß im Innenverhältnis der Übergang der Forderungen ausgeschlossen

---

[3]) OLG. Breslau in OLG. Bd. 3, 407.
[4]) s. oben § 14; OLG. Bamberg in OLG. Bd. 16, 84.
[5]) Düringer-Hachenburg S. 250.
[6]) Düringer-Hachenburg a. a. O.; Makower S. 133.
[7]) Düringer-Hachenburg a. a. O.; Ritter S. 43.

ist, unzulässig.[8]) Dagegen finden, da es sich insoweit um einen Übergang der Forderungen kraft Gesetzes handelt, im Verhältnis zwischen dem Schuldner einerseits und dem Einzelkaufmann oder der Gesellschaft andererseits die Bestimmungen der §§ 399 ff. BGB. über die vertragsmäßige Übertragung von Forderungen Anwendung (§ 412 BGB.), soweit sich nicht nach den gleichzeitig in Frage kommenden handelsrechtlichen Vorschriften etwas anderes ergibt.

Der Schuldner kann also der Gesellschaft alle die Einwendungen entgegensetzen, die zur Zeit des Übergangs der Forderungen gegen den Einzelkaufmann begründet waren (§ 404 BGB.) Auf später gegen diesen entstandene Einwendungen kann er sich dagegen nicht berufen. Als Zeitpunkt des Übergangs kommt aber der Augenblick in Frage, in dem der Eintritt des Gesellschafters vollendet ist. Das ist aber, wie wir gesehen haben, der Zeitpunkt der Eintragung der Gesellschaft in das Handelsregister bezw. des Beginns der Geschäfte der Gesellschaft (s. oben § 11). Doch ist der Schuldner, dem der Eintritt des Einzelkaufmanns und damit des Übergangs der Forderungen auf die Gesellschaft unbekannt ist, auch hier bis zu einer gewissen Grenze geschützt. Diese Grenze ist verschieden, je nachdem ob die Umwandlung des Einzelgeschäfts in eine Gesellschaft bereits in das Handelsregister eingetragen und bekanntgemacht ist oder nicht. Ist die Eintragung und Bekanntmachung noch nicht erfolgt, so muß die Gesellschaft eine nach dem Eintritt des Gesellschafters erfolgte Leistung des Schuldners an den Einzelkaufmann sowie alle Rechtsgeschäfte, die nach dieser Zeit zwischen dem Einzelkaufmann und dem Schuldner in Ansehung der Forderung vorgenommen werden, gegen sich gelten lassen, es sei denn, sie beweise, daß dem Schuldner der Eintritt bei der Leistung oder der Vornahme des Rechtsgeschäfts bekannt war (§ 407 Abs. 1 BGB., der hierin mit § 15 Abs. 1 HGB. übereinstimmt). Ebenso muß die Gesellschaft ein rechtskräftiges Urteil, das in einem zwischen dem Einzelkaufmann und dem Schuldner in Ansehung einer Geschäftsverbindlichkeit nach dem Eintritte anhängig gewordenen Rechtsstreit

[8]) Goldmann S. 140; Staub Anm. 6 zu § 28, Anm. 15 zu § 25.

über die Forderung ergeht, in diesem Falle gegen sich gelten lassen, solange ihr nicht der Beweis gelingt, daß der Schuldner bei dem Eintritt der Rechtshängigkeit die Umwandlung des Geschäftes kannte (§ 407 Abs. 2 BGB.; § 15 Abs. 1 HGB.).

Der Schuldner kann eine ihm gegen den Einzelkaufmann zustehende Forderung mit Wirkung gegen die Gesellschaft aufrechnen, es sei denn, er habe beim Erwerbe der Forderung bereits von dem Eintritt des Gesellschafters Kenntnis gehabt, oder seine Forderung ward erst nach Erlangung dieser Kenntnis und später als die übergegangene Forderung fällig (§ 406 BGB.). Auch hier hat, wenn die Eintragung und Bekanntmachung noch nicht erfolgt ist, die Gesellschaft die Beweislast.[9])

Schwieriger ist dagegen die Lage des Schuldners, wenn die Eintragung der Umwandlung des Einzelgeschäfts in eine Gesellschaft in das Handelsregister sowie die entsprechende Bekanntmachung erfolgt ist. Denn hier greift zu seinem Nachteil der Grundsatz der Öffentlichkeit des Handelsregisters ein und stellt ihn ungünstiger, als er nach den Bestimmungen des bürgerlichen Rechts gestellt sein würde.[10]) In diesem Falle nämlich muß er beweisen, daß er den Eintritt des Gesellschafters weder kannte noch kennen mußte (§ 15 Abs. 2 HGB.). Es findet also erstens eine Umkehr der Beweislast statt,[11]) und zweitens schützt ihn nicht bloße Unkenntnis, sondern nur entschuldbare Unkenntnis.[12]) Dieser Beweis wird ihm aber nur in den seltensten Fällen gelingen.[13])

Für den Schuldner einer in einer Zweigniederlassung des Geschäfts begründeten Forderung ist im Sinne dieser Vorschriften die Eintragung und Bekanntmachung durch die Zweigniederlassung entscheidend (§ 15 Abs. 3 HGB.).[14])

4. War eine Geschäftsforderung durch den Einzelkaufmann vor der Umwandlung des Geschäfts bereits eingeklagt, so steht

---

[9]) Goldmann Anm. 1 II, 1 zu § 28 (S. 140), Anm. 1, II, 2, 6 zu § 25 (S. 106 f.).

[10]) Düringer-Hachenburg S. 251.

[11]) Goldmann a. a. O.

[12]) Düringer-Hachenburg a. a. O.

[13]) Staub Anm. 7 zu § 15.

[14]) vgl. Kammergericht bei Seuffert Bd. 63, 70.

das ihrem Übergange auf die Gesellschaft nicht entgegen. Der Gläubigerwechsel hat aber auf den Prozeß keinen Einfluß (§ 265 ZPO.). Die Gesellschaft kann jedoch dem Einzelkaufmann als Nebenintervenientin beitreten (§ 66 ZPO.).

Das in einem solchen Prozesse ergehende Urteil wirkt auch für und gegen die Gesellschaft, da diese ja Rechtsnachfolgerin des Einzelkaufmanns in Ansehung der in Streit befangenen Forderung geworden ist (§ 325 ZPO.).[15]) Dasselbe muß aber von einem zwischen dem Einzelkaufmann und dem Schuldner abgeschlossenen Prozeßvergleiche gelten.[16])

Aus demselben Grunde findet, wenn die Forderung zwischen dem Einzelkaufmann und dem Schuldner bereits rechtskräftig festgestellt war, als der Übergang eintrat, § 727 ZPO. Anwendung.[17]) Es kann also auf Anordnung des Vorsitzenden (§ 730 ZPO.) eine vollstreckbare Ausfertigung des Urteils auch für die Gesellschaft erteilt werden. Hier wird der Gesellschaft der durch öffentliche oder öffentlich beglaubigte Urkunden zu erbringende Nachweis des vollendeten Eintritts des Gesellschafters in das Geschäft unter Umständen dann schwer gelingen, wenn sie noch nicht in das Handelsregister eingetragen worden ist und die Umwandlung daher nur auf die Tatsache des Geschäftsbeginns gestützt wird. In solchem Falle wird häufig nur die Klage auf Erteilung der Vollstreckungsklausel übrig bleiben (§ 731 ZPO.).

5. Im Innenverhältnis zwischen Einzelkaufmann und Eingetretenen sowie Dritten gegenüber wirkt dagegen die Fiktion des Forderungsübergangs, wie schon erwähnt wurde, nicht. Hier ist vielmehr der interne Vertrag maßgebend. Schließt dieser daher den Übergang der Geschäftsforderungen aus, so bleibt hier, soweit die Forderungen nicht weiterveräußert oder abgetreten sind, der Einzelkaufmann Gläubiger.[18]) Im Konkurs des Einzelkaufmanns bilden daher die Forderungen in diesem Falle ein Aktivum, während sie im Konkurs der Gesellschaft ein solches nicht sind.

---

[15]) Lehmann-Ring S. 95; Petersen Anm. 5 zu § 325.
[16]) OLG. Kiel in OLG. Bd. 17, 318.
[17]) Staub Anm. 8 zu § 28; Lehmann-Ring a. a. O.
[18]) Düringer-Hachenburg S. 251.

Ebenso können die Gläubiger des Einzelkaufmanns die Forderungen pfänden.[19]) Das im Pfändungsbeschlusse an den Drittschuldner zu richtende Verbot (arrestatorium) geht dann dahin, an die Gesellschaft nicht zu zahlen.[20])

§ 22.

3. Abweichende Vereinbarungen.

1. Die Vorschrift des § 28 Abs. 1 HGB. war nicht bedingt durch die Natur des Handelsgeschäftes, da ja zu diesem, wie wir sahen, begriffsmäßig weder die Geschäftsforderungen noch die Geschäftsverbindlichkeiten gehören. Sie bedeutete vielmehr ein Zugeständnis an die Verkehrsauffassung und entsprang vor allem der Rücksicht auf die praktischen Bedürfnisse des Handelsstandes (vgl. oben § 14). Nun würde aber die absolute Unmöglichkeit, die Rechtswirkungen des § 28 Abs. 1 HGB. auszuschließen, in vielen Fällen eine Erschwerung der Umwandlung des Handelsgeschäftes und eine große Härte gegenüber den Parteien bedeuten. Denn der Wunsch der Parteien wird es häufig sein, eine Unterbrechung des einmal eingerichteten Geschäftsbetriebes zu vermeiden und dadurch die Chancen des Einzelgeschäfts auch für die offene Handelsgesellschaft zu verwerten, andererseits aber die Regelung der Geschäftsverbindlichkeiten und die Einziehung der noch außenstehenden Geschäftsforderungen ganz oder teilweise dem bisherigen Einzelkaufmanne zu überlassen. Das erste Ziel erreichen sie, indem sie von einer Auflösung des alten Geschäfts und Neubegründung einer Gesellschaft absehen, das bisherige Geschäft vielmehr in eine solche umwandeln. Dagegen würden sie in Ermangelung einer entsprechenden gesetzlichen Vorschrift ihre Absicht in Ansehung der Geschäftsforderungen und -verbindlichkeiten wegen der Bestimmung des § 28 Abs. 1 nicht verwirklichen können. Während daher beim Eintritt eines Gesellschafters oder Kommanditisten in eine bereits bestehende Gesellschaft der Eintretende kraft zwingenden Rechts für die vor seinem Eintritte begründeten Geschäftsverbindlichkeiten haftet (§§ 130, 173 HGB.), hat das Gesetz

[19]) Staub Anm. 7 zu § 28, Anm. 15 zu § 25.
[20]) Düringer-Hachenburg a. a. O.

da, wo die Gesellschaft erst durch den Eintritt zustande kommt, abweichende Vereinbarungen mit Wirksamkeit gegen Dritte zugelassen. Mit Rücksicht auf die Sicherheit des Verkehrs war es aber erforderlich, die Wirksamkeit solcher Vereinbarungen Dritten gegenüber von bestimmten Voraussetzungen abhängig zu machen. Das Gesetz bestimmte daher in § 28 Abs. 2 HGB.: „Eine abweichende Vereinbarung ist einem Dritten gegenüber nur wirksam, wenn sie in das Handelsregister eingetragen und bekanntgemacht oder von einem Gesellschafter dem Dritten mitgeteilt worden ist". Diese Vorschrift stimmt mit der für den Fall der Veräußerung eines Handelsgeschäfts gegebenen (§ 25 Abs. 2) überein, nur muß dort die Mitteilung an den Dritten statt durch einen Gesellschafter durch den Veräußerer oder Erwerber erfolgen. Was für § 25 Abs. 2 gilt, muß daher auch für § 28 Abs. 2 gelten.

2. Unter abweichenden Vereinbarungen sind alle die Vereinbarungen zu verstehen, durch die das Verhältnis zwischen Geschäftsgläubigern und -schuldnern anders geregelt werden soll, als dies den Rechtsfolgen des § 28 Abs. 1 HGB. entspricht.[1]) Es kann also nicht nur ausgemacht werden, daß wegen sämtlicher Forderungen und Schulden der bisherige Einzelkaufmann berechtigt und allein verpflichtet bleibt, sondern es ist auch möglich, die Wirkung des § 28 Abs. 1 nur hinsichtlich der Forderungen oder nur hinsichtlich der Schulden, nur hinsichtlich einer speziellen Art, ja auch nur hinsichtlich einzelner bestimmter Forderungen oder Schulden auszuschließen.

Eine solche Abmachung ist im Innenverhältnis ohne Rücksicht auf die Form stets bindend.[2]) Im Außenverhältnis aber genügt die bloße Vereinbarung nicht, sie muß vielmehr außerdem in einer die Sicherheit des Verkehrs garantierenden Weise bekanntgegeben werden.[3]) Die Form hierfür gibt der vorerwähnte § 28 Abs. 2 an die Hand.

3. Die Bekanntmachung, sei es durch Eintragung, sei es durch Mitteilung, muß vor allem rechtzeitig erfolgen. Denn da

---

[1]) Düringer-Hachenburg S. 252.
[2]) Makower S. 126; Düringer-Hachenburg S. 277.
[3]) RG. Bd. 60 S. 298; OLG. Bamberg in OLG. Bd. 16, 84.

im Augenblick des vollendeten Eintrittes des Gesellschafters die kumulative Schuldübernahme der Gesellschaft sowie der Übergang der Forderungen auf diese kraft Gesetzes erfolgt, kann eine verspätete einseitige Erklärung der Gesellschafter diese bereits eingetretenen Rechtswirkungen der Umwandlung des Geschäftes nicht wieder beseitigen.[4]) Andererseits wird man nicht verlangen können, daß die Kundmachung der abweichenden Vereinbarung genau gleichzeitig mit der Umwandlung erfolgt. Eine gewisse angemessene Zeit zur Herbeiführung der Eintragung und Bekanntmachung oder zur Mitteilung an den Dritten muß man den Beteiligten gewähren. Es muß diese Kundmachung daher jedenfalls dann noch als rechtzeitig erfolgt angesehen werden, wenn sie „unverzüglich" (= ohne schuldhaftes Zögern, § 121 BGB.) nach dem Geschäftsbeginn der Gesellschaft erfolgt ist.[5]) Es darf nach der Verkehrsauffassung noch kein Definitivum in der Fortführung des Geschäfts geschaffen sein.[6]) Spätestens muß die Kundmachung daher gleichzeitig mit dem Eintrage der Gesellschaft in das Handelsregister und der darauffolgenden Bekanntmachung erfolgen.

4. Sodann müssen Eintragung wie auch Mitteilung deutlich sein. Sie müssen jeden Gläubiger und Schuldner in die Lage setzen, genau zu erkennen, ob die Gesellschaft ihm mit haftet, ob die Gesellschaft oder der Einzelkaufmann sein Gläubiger ist. Trotzdem können sie allgemein gehalten sein. Sie können z. B. lauten: Die Gesellschaft haftet nicht für Passiven, oder: Der Übergang aller Forderungen aus Verträgen ist ausgeschlossen, oder: Die Gesellschaft haftet nur für die Verbindlichkeiten aus Verträgen. Dagegen genügt nicht eine Erklärung wie: Die Gesellschaft haftet nur für die Schulden bis zur Höhe von 50000 Mk. laut besonderem Verzeichnis, da ja der Dritte daraus nicht ersehen kann,

---

[4]) Goldmann S. 108; Staub Anm. 6a zu § 28, Anm. 18 zu § 25; RG. im Recht 1908 II, 713.

[5]) So die herrschende Meinung, vgl. RG. in JW. 1904, 8, 9; OLG. Dresden in J. d. R. Bd. 7, 595 und die Literatur in J. d. R. Bd. III², 12; Staub a. a. O.; Goldmann a. a. O.; Düringer-Hachenburg S. 252; Wolff S. 261; a. M. Cohn S. 52.

[6]) Lehmann-Ring S. 102; Schaarschmidt S. 29; Wolff a. a. O.

ob seine Forderung mit zu den übernommenen gehört. Vielmehr muß dieses Verzeichnis mit zu den Firmenakten überreicht oder der Mitteilung beigefügt werden.[7])

5. Hinsichtlich der im Geschäftsbetriebe einer Zweigniederlassung begründeten Verbindlichkeiten ist die durch Eintragung in das Handelsregister bekanntgemachte, abweichende Vereinbarung nur dann wirksam, wenn sie in deren Handelsregister eingetragen und dieser Eintrag bekanntgemacht ist (§ 15 Abs. 3 HGB.).[8])

6. Die Bekanntmachung des Registereintrags erfolgt nach § 10 HGB. im Deutschen Reichsanzeiger und mindestens einem anderen Blatte. Sie gilt als erfolgt mit dem Ablaufe des Tages, an welchem das letzte der die Bekanntmachung enthaltenden Blätter erschienen ist.

7. Es ist nicht richtig, wenn Cohn (S. 53) behauptet, ein Vermerk im Handelsregister, daß die Schulden teilweise oder daß nur einzelne bestimmt bezeichnete Schulden übergegangen wären, und die entsprechende Veröffentlichung sei nicht zulässig, da das nicht der Zweck des Handelsregisters sei. Ein solcher Vermerk, wenn er eingetragen sei, sei nur ein „Warnungssignal" und erspare nicht die besondere Mitteilung an den Dritten. Diese Annahme ist völlig willkürlich und mit dem Wortlaut des § 28 Abs. 2 nicht zu vereinbaren.[9]) Daß auch die Bekanntmachung der Eintragung ihrem ganzen Inhalte nach zulässig ist, geht aus § 10 Abs. 1 Satz 2 HGB. hervor. Praktisch wird dieser Weg allerdings dann, wenn es sich um den Ausschluß einer großen Anzahl einzelner bestimmter Forderungen oder Schulden handelt, von Gründen der Diskretion abgesehen, schon wegen der damit verbundenen hohen Kosten meist nicht sein. Es wird daher in solchem Falle in der Regel der Weg der Mitteilung an den Schuldner gewählt werden.

8. Sind Eintragung und Bekanntmachung erfolgt, so genügen diese allein, um die Wirksamkeit der abweichenden Vereinbarungen

---

[7]) RG. in JW. 1901, 802, 11; Staub Anm. 20 zu § 25.

[8]) Düringer-Hachenburg a. a. O; Lehmann-Ring a. a. O.; Makower S. 127; RG. in Leipz. Z. 1908, 59, 2.

[9]) vgl. Staub Anm. 20 zu § 25.

herbeizuführen. In den Zirkularen, durch die der Kaufmann den Eintritt des Gesellschafters in sein Geschäft den mit ihm in Geschäftsverbindung stehenden Personen anzuzeigen pflegt, braucht daher von den abweichenden Vereinbarungen nichts gesagt zu sein. Sind dagegen Eintragung und Bekanntmachung nicht erfolgt, dann muß eine besondere Mitteilung der abweichenden Vereinbarungen an diejenigen Gläubiger und Schuldner ergehen, deren Rechte davon betroffen werden sollen. Diese Mitteilung kann schriftlich und auch mündlich,[10]) ja auch in Form eines Rechtsgeschäftes erfolgen.[11]) Nur muß sie rechtzeitig und deutlich sowie an jeden Interessenten persönlich gerichtet sein. Eine handelsübliche Bekanntmachung, etwa durch die Zeitungen oder Anschlag an der Börse, wie sie nach der Spruchpraxis des Reichsoberhandelsgerichts, falls eine interne Vereinbarung vorlag, zur Herbeiführung der Haftung für erforderlich und genügend erachtet wurde (vgl. oben § 12, 5), reicht zu diesem Zwecke nicht aus.[12]) Die Mitteilung hat den Charakter einer empfangsbedürftigen Willenserklärung. Sie wird daher wirksam in dem Augenblick, wo sie dem Adressaten zugeht (§ 130 BGB.). Im einzelnen finden die Bestimmungen der §§ 130—132 BGB. darauf Anwendung.[13]) Sie kann von jedem der beiden Gesellschafter ausgehen. Die Frage der Vertretungsmacht spielt dabei keine Rolle. Auch der Kommanditist kann daher eine rechtswirksame Mitteilung erlassen.[14])

Bestritten ist, was rechtens ist, wenn beide Gesellschafter voneinander abweichende Mitteilungen erlassen haben. Die herrschende Meinung[15]) nimmt in diesem Falle an, daß die der Wahrheit entsprechende Mitteilung gelten müsse. Eine Ansicht[16]) geht dahin, daß gegenüber demjenigen, der das Richtige mitgeteilt hat,

---

[10]) Düringer-Hachenburg S. 252; Goldmann S. 108; Staub Anm. 21 zu § 25.

[11]) Düringer-Hachenburg a. a. O.; RG. in Leipz. Z. 1908, 60, 8.

[12]) Lehmann-Ring S. 93.

[13]) Goldmann S. 108.

[14]) Lehmann-Ring S. 102.

[15]) Düringer-Hachenburg S. 252; Goldmann S. 109; Lehmann-Ring S. 93; Staub Anm. 21 zu § 25.

[16]) Makower S. 127.

dessen Mitteilung maßgebend ist; gegenüber demjenigen aber, der das Falsche mitgeteilt hat, der Dritte wählen kann, welche Mitteilung er gelten lassen will. Auch die Meinung wird vertreten, daß von den beiden Mitteilungen die zuerst ankommende, im Falle gleichzeitiger Ankunft aber, soweit sie einander widersprechen, keine von beiden wirksam werden soll, da in diesem Falle „nil actum" sei.[17]) M. E. ist die herrschende Meinung die richtige, da bezüglich der der Wahrheit entsprechenden Mitteilung, wie Düringer-Hachenburg richtig ausführen, die vom Gesetz für die Wirksamkeit geforderten beiden Voraussetzungen, abweichende Vereinbarung und Mitteilung durch einen Gesellschafter, vorhanden sind. Der Schuldner, der über die Person des Gläubigers im unklaren ist, mag, wie Staub[18]) mit Recht hervorhebt, hinterlegen (§ 372 BGB.). Eine nicht der Wahrheit entsprechende Mitteilung muß überhaupt stets ohne Wirkung bleiben.[19])

10. Beide Möglichkeiten der Bekanntgabe der abweichenden Vereinbarungen, Eintragung und Bekanntmachung wie Mitteilung, sind einander gleichwertig. Weichen sie daher voneinander ab, so ist diejenige maßgebend, die der tatsächlichen Vereinbarung nachweislich entspricht.[20])

11. Die bloße Kenntnis des Dritten von der abweichenden Vereinbarung genügt zu deren Wirksamkeit ihm gegenüber nicht.[21]) § 15 Abs. 1 HGB. kann hier keine Anwendung finden, da dieser sich nur auf solche Tatsachen bezieht, deren Eintragung im Gesetze vorgeschrieben ist. Das trifft aber bei den abweichenden Vereinbarungen nicht zu. Vielmehr gibt das Gesetz den Gesellschaftern hier selbst die Alternative der Eintragung oder Mitteilung an die Hand. Auch spricht hiergegen der Wortlaut des § 28 Abs. 2, daß nur Eintragung oder Mitteilung der abweichenden Vereinbarungen deren Wirksamkeit Dritten gegenüber begründen können.

---

[17]) Wolff S. 263 Anm. 45.
[18]) a. a. O.
[19]) RG. im Recht 1908, 2, 713.
[20]) Kühn S. 20.
[21]) RG. in JW. 1903, 401, 15; Goldmann a. a. O.; Lehmann-Ring S. 102; Makower S. 126; Staub a. a. O.; Rudorff S. 16; a. M. Staub 6./7. Aufl. Anm. 20 zu § 25.

12. Aus denselben Gründen muß aber dem Dritten auch der Schutz des § 15 Abs. 2 HGB. versagt werden. Denn dessen Anwendung würde zu dem den Bestimmungen des § 28 Abs. 2 unmittelbar widersprechenden Ergebnis führen, daß die abweichenden Vereinbarungen gegenüber dem Dritten, dem der Nachweis gelingt, daß er die Eintragung und Bekanntmachung weder kannte noch kennen mußte, trotz dieser nicht zur Wirkung gelangen könnten.[22])

---

[22]) Makower a. a. O.; Staub Anm. 19 zu § 25; RG. in JW. 1903, 401, 15; a. M. Wolff S. 262, der auf diesem Wege dem in entschuldbarer Unkenntnis der Eintragung klagenden Gläubiger einen Anspruch auf Erstattung der ihm erwachsenen Prozeßkosten zubilligen will.

Spezialdruckerei für Dissertationen, Robert Noske, Borna-Leipzig.